THÈSE DE
POITIERS.
1883
N°. 6.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

EN DROIT ROMAIN

ÉTUDE

SUR LES

EFFETS DE LA CESSATION DE PAIEMENTS

EN MATIÈRE DE FAILLITE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE MERCREDI 28 FÉVRIER 1883, A 3 HEURES

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

Evariste MARTIN

AVOCAT

PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1883

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

EN DROIT ROMAIN

ÉTUDE

SUR LES

EFFETS DE LA CESSATION DE PAIEMENTS

EN MATIÈRE DE FAILLITE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE MERCREDI 28 FÉVRIER 1883, A 3 HEURES

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

Evariste MARTIN

AVOCAT

PARIS

ALPHONSE DERENNE

52, Boulevard Saint-Michel, 52

1883

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. THÉZARD (A), *Doyen, professeur de Code civil.*

DUCROCQ (✲ I), *Doyen honoraire, professeur de Droit administratif et d'Économie politique, correspondant de l'Institut.*

MARTIAL PERVINQUIÈRE (✲ I), *professeur honoraire et Doyen honoraire.*

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I), *professeur de Code civil.*

LE COURTOIS (I), *professeur de Code civil.*

NORMAND (A), *professeur de Droit criminel.*

PARENTEAU-DUBEUGNON (A), *professeur de Procédure civile.*

ARTHUYS, *professeur de Droit commercial.*

BONNET, *professeur de Droit romain.*

PETIT, *professeur de Droit romain.*

BARRILLEAU, *agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.*

ARTUR, *agrégé, chargé du Cours de Droit international privé.*

M. COULON (A), *secrétaire-agent-comptable.*

COMMISSION :

PRÉSIDENT : M. BONNET.

SUFFRAGANTS : M. DE LA MÉNARDIÈRE.
M. NORMAND.
M. ARTUYS.
M. ARTUR.

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

Le sénatus-consulte Velléien est l'une des nombreuses dispositions qui, à des époques diverses, et par des phases différentes, réglementèrent la capacité de la femme romaine.

Il importe donc, avant d'entrer dans les détails de cette étude, de jeter un rapide coup d'œil sur la situation juridique de la femme aux époques antérieures à celle où se place le sénatus-consulte Velléien.

Dans les premiers temps de Rome, la femme n'avait aucune capacité, non comme femme alors, mais comme épouse, fille ou sœur. Elle était soumise à l'un des trois pouvoirs de la puissance paternelle, de la *manus* ou puissance maritale, et de la tutelle de ses agnats.

Cet état de dépendance absolue ne dura pas longtemps.

La capacité de la femme s'augmenta à mesure que vieillissaient ces antiques puissances qui la tenaient assujettie, ruinées elles-mêmes les unes par les autres et disparaissant

enfin devant une nouvelle institution qui donna à la femme son indépendance, nous voulons parler de la dot.

Mais bientôt le besoin d'une réaction se fit sentir ; elle devint nécessaire en présence des déréglements des mœurs et de l'immixtion des femmes dans les affaires publiques. Aussi diverses lois furent-elles rendues, infligeant une incapacité à la femme, en tant que femme cette fois-ci et non plus comme autrefois à sa position dans la famille, en tant que fille, sœur, épouse.

Ce sont les lois Oppia, Cincia, Voconia et plus tard les lois Juliennes et Papiennes. C'est dans le même but que fut voté le sénatus-consulte Velléien.

Nous allons étudier successivement les cas d'application du sénatus-consulte Velléien, ses effets, les modifications que lui fit subir Justinien et enfin ce qu'il devint dans notre ancien droit français.

SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

CHAPITRE PREMIER

CAS D'APPLICATION DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN. D. XVI. I.

Dans le texte même du sénatus-consulte Velléien conservé dans les Pandectes où il forme la loi 2, § 1, D. h. t., nous trouvons de précieuses indications sur son origine, sur ses motifs et sur sa date.

Il y est fait allusion, en effet, par ces mots : *Ante videtur ita jus dictum esse*, à une disposition législative rendue sous Auguste et sous Claude, sous forme d'édits, défendant à la femme d'intercéder pour son mari. Cette disposition est la suite naturelle des mesures déjà prises soit en faveur de la femme, soit contre elle, ainsi que nous l'avons vu dans notre introduction. Là, nous trouvons à la fois garantie de la dot et protection de la femme.

Ce motif, la protection de la femme se trouve aussi dans les commentaires du sénatus-consulte Velléien, appuyé encore par cet étrange et ironique considérant : *fragilitas, imbecillitas sexus*, qui donnerait vraiment lieu de penser qu'il n'est qu'un beau prétexte dont les jurisconsultes ro-

mains voulurent colorer leur disposition législative qui avait pour principal but d'écarter les femmes des affaires publiques. Le second motif du sénatus-consulte Velléien est donc une idée d'hostilité, un but politique : restreindre l'influence des femmes.

Aussi voyons-nous dans les textes du Digeste ces deux idées exprimées concurremment :

« *Postea factum est senatus-consultum quo plenissime fœminis omnibus subventum est*, dit Ulpien, L. 2, D. h. t. Et Paul : « *Nam sicut moribus civilia officia adempta sunt mulieribus... æquum autem visum est, mulieri succurri* ». L. 1, § 1, 2, D. h. t.

A quelle date fut rendu ce sénatus-consulte? Voici les données qui nous permettent de penser que ce fut sous le règne de Claude, qui édicta, du reste, plusieurs autres dispositions concernant les femmes.

Ulpien qui nous a conservé le texte du sénatus-consulte nous dit que ce furent les consuls Marcus Silanus et Velleius Tutor qui le proposèrent au Sénat. Ces noms ne se trouvent pas dans les annales, mais on y trouve que sous le règne de Claude, en l'année 46, Junius Silanus et Velleius Rufus furent désignés consuls.

D'un autre côté, il est certain qu'il n'est pas d'une époque antérieure au règne de Claude, ainsi que le prouve la loi 2 pr. et § 1, D. h. t., ni postérieur à Vespasien, puisque Gaïus Cassius qui en parle (L. 16, § 1, D. h. t.) est mort sous Vespasien.

Malgré sa forme singulière qui semble plutôt être celle

d'un conseil, le sénatus-consulte Velléien n'en est pas moins une véritable disposition législative. Voici ce qu'en dit M. Gide, dans son traité sur la condition juridique de la femme à Rome : « Ce langage si nouveau dans la bou-« che d'un législateur qui commande est le style habituel « et traditionnel du Sénat. Le Sénat qui, dans l'origine, « n'était qu'un corps consultatif et ne pouvait donner que « des conseils conserva par tradition ses anciennes formu-« les... bien que ses décisions fussent devenues des or-« dres. »

Le sénatus-consulte Velléien défend l'intercession des femmes. Qu'est-ce donc que l'intercession ?

L'intercession, c'est toute opération par laquelle, sans intérêt personnel, on s'adjoint à l'obligation d'autrui, on y substitue sa propre obligation ou on se charge d'une obligation nouvelle.

Pour qu'il y ait intercession prohibée, il faut donc : 1° Que la femme s'oblige ; 2° qu'elle s'oblige pour autrui ; 3° qu'elle s'oblige dans l'intérêt d'autrui et envers un créancier ; 4° que l'acte de la femme ne constitue pas une donation.

Nous allons étudier successivement chacune de ces quatre conditions. Nous verrons ensuite les exceptions.

§ 1. — *La femme doit s'obliger.*

La femme peut s'obliger de plusieurs manières. La loi 4 au Code h. t. les indique brièvement : « *Sive eam obli-*

« *gationem quæ in alterius persona constitit, mulier in* « *se transtulit vel participavit, sive cum alius pecuniam* « *acciperet, ipsa se ab initio reum constituit.* »

Il en a été fait diverses classifications ; nous en adopterons une qui est la combinaison de deux autres.

La femme peut se charger d'une obligation ancienne, ou d'une obligation nouvelle.

Elle se charge d'une obligation ancienne :

I. — Par une intercession privative, c'est-à-dire, en s'obligeant au lieu et place du débiteur primitif qui est libéré (définitions de Dubois).

II. — Par une intercession cumulative, c'est-à-dire en s'obligeant concurremment avec le débiteur originaire, sans le libérer.

Elle se charge d'une obligation nouvelle :

III. — En se constituant dès le principe débitrice à la place d'une autre personne.

I. — *Intercession privative.* La femme s'oblige au lieu et place du débiteur primitif qui de la sorte est libéré.

Ceci a lieu : 1° quand elle fait une *expromissio.* C'est une novation où l'intercédant se présente spontanément et sans mandat donné par le débiteur à celui-ci qui le libère, en s'obligeant à sa place ;

2° Par la délégation, novation par laquelle l'intercédant s'oblige par suite d'un mandat que lui a donné le débiteur primitif ;

3° Par la *defensio pro alio.* L'intercédant se présente en justice pour jouer le rôle de défendeur à la place du débi-

teur. Il y a intercession, car par suite de la *litis contestatio,* le débiteur est libéré et la femme sera obligée à sa place (L. 2, § 5, h. t.).

4° Par une réponse à une *interrogatio in jure* par laquelle la femme se serait chargée d'une dette dont une autre personne serait tenue.

Les lois 23 et 26 D., h. t., donnent de cette manière d'intercéder divers exemples.

5° En faisant un compromis au nom d'un autre ; la femme s'oblige ainsi à la place d'une personne et la libère.

II. — *Intercession cumulative.* — La femme peut être obligée concurremment avec le débiteur primitif de deux manières, principalement ou accessoirement.

A. — L'intercession cumulative est principale quand le créancier peut poursuivre comme son débiteur principal, celui des deux qu'il lui plaît de choisir.

Ceci se présente quand la femme s'oblige *correaliter* avec une autre personne ; ceci arrive dans plusieurs cas de constitut *pro alio*. Il y a constitut *pro alio* quand on promet par simple pacte de payer la dette d'autrui.

Cette intercession cumulative est-elle principale ou accessoire ? Le doute est venu des novelles 4 ch. 1^er^ et 136 qui accordent le bénéfice de discussion aux fidéjusseurs, aux mandants et aux constituants, de sorte que l'intercession serait accessoire.

M. de Vangerow tranche la question en distinguant deux sortes de constitut : le premier n'admettant pas le bénéfice de discussion, car il a pour but non-seulement de donner

une sûreté au créancier, mais encore de lui assurer des avantages qu'il ne trouve pas dans sa propre action. Celui-ci n'est pas soumis au texte des novelles et avec lui il y a intercession cumulative principale. Le second aurait lieu dans le cas où l'engagement du constituant ne différerait en aucune façon de celui du premier débiteur et n'aurait d'autre but que de donner une simple sûreté au créancier sans nouvel avantage. A celui-ci s'appliquent les novelles et le bénéfice de discussion, aussi est-il un cas d'intercession cumulative accessoire, comme s'il était une simple fidéjussion.

B. — L'intercession cumulative est accessoire quand la femme est obligée de telle façon que le créancier ne peut la poursuivre que subsidiairement après avoir discuté le débiteur primitif.

Ceci a lieu : 1° Dans la fidéjussion. Depuis la novelle 4, le fidéjusseur jouit du bénéfice de discussion.

2° Dans le *mandatum pecuniæ credendæ* avec le même bénéfice.

3° Dans les cas de *constitut pro alio* où se donne le bénéfice de discussion.

4° Dans la constitution de gage ou d'hypothèque sur sa chose, pour la dette d'autrui.

La femme se charge d'une obligation nouvelle :

III. — En se constituant dès le principe débitrice à la place d'une autre personne qui doit en avoir le bénéfice.

Cette opération est prévue dans le texte du sénatus-consulte Velléien sous le nom de «*mutuæ dationes pro aliis.*»

Au premier abord on peut se demander comment il y a intercession sans obligation préexistante, et comment on dit que la femme intercède ici puisque c'est elle-même qui donne naissance à l'obligation. C'est que nous nous trouvons ici en face d'une intercession déguisée. La femme, dans cette hypothèse, s'oblige pour un tiers qui aurait dû s'obliger, ce tiers en profite au moyen d'un détour par lequel la femme veut éviter l'application du sénatus-consulte.

Mais le sénatus-consulte ne s'appliquerait pas si la femme avait emprunté de l'argent dans le but de le donner à un tiers ; car ainsi que nous allons le voir, ce qui est prohibé, c'est l'obligation de la femme pour autrui, mais non pas l'aliénation ni la donation.

Cette différence est très rationnelle, bien que dans les deux cas l'opération faite par la femme semble lui être pareillement préjudiciable. Et c'est ici que nous voyons apparaître principalement l'un des deux motifs indiqués par nous comme étant les fondements du sénatus-consulte. Nous voulons dire la protection accordée à l'inexpérience et à la faiblesse de la femme.

Quel danger donc existe dans l'intercession qui n'existe pas dans l'aliénation ?

Dans l'aliénation, on voit immédiatement les conséquences de son acte ; dans l'obligation, au contraire, dans l'intercession, la femme peut se faire illusion sur les suites de son opération, croire qu'elle ne risque rien, que le débiteur dont elle garantit la dette, pourra bientôt lui rendre

ce qu'elle va être obligée de débourser pour lui. Qu'il y ait générosité naturelle, faiblesse d'esprit, inexpérience des affaires, peu importe, le sénatus-consulte veut protéger la femme contre un entraînement, comme le dit expressément Ulpien : « *Facilius se mulier obligat quam alicui donat.* »

La femme est donc capable d'aliéner, même dans l'intérêt d'autrui (L. 4 § 1. D. *h. t.*).

Il en résulte qu'elle peut :

1° Payer la dette d'autrui (L. 4 § 1).

2° Donner sa chose en paiement pour la dette d'autrui ou déléguer son débiteur au créancier d'autrui (Loi 5. D. *h. t.*).

Mais il y aurait intercession prohibée si le paiement, la *datio in solutum*, la délégation avaient été faits pour accomplir une obligation dont la femme serait tenue (L. 8, § 3). Il y aurait encore intercession prohibée si, dans la délégation faite par la femme, le délégué n'était pas son vrai débiteur (Loi 8, § 4), car exposée à un recours de sa part, elle serait par là même obligée.

Nous avons vu que dans la loi 5 la délégation faite par la femme de son débiteur au créancier de celui qu'elle voulait libérer, ne constituait pas un cas d'application du sénatus-consulte Velléien. Cependant, il semble que la loi 32, § 2 dise tout le contraire. Ici, Pomponius suppose qu'une femme a vendu un de ses biens au créancier de son mari, pour que le prix de la vente servît à l'indemniser. Plus tard, elle change d'avis et revendique le bien vendu. A l'exception *rei venditæ et traditæ* opposée par l'acqué-

reur, elle pourra, dit Pomponius, répondre par la réplique du sénatus-consulte Velléien, et il doit en être de même, ajoute-t-il, quand la femme livre un de ses biens pour l'acquit de la dette d'un tiers. Donc, d'après ce jurisconsulte, semble-t-il, il y a intercession dans un cas où d'après Gaïus (loi 5), il n'y en a aucune. Comment expliquer cette contradiction? En disant tout simplement que Pomponius suppose ici une obligation préexistante pour l'accomplissement de laquelle la femme a fait cette vente.

On en peut encore donner une seconde explication : dans l'espèce de Pomponius, la femme vend un de ses biens pour arriver à payer la dette d'autrui : « *Fundum vendidit.... ea conditione, ut emptor acceptam pecuniam viro referret* », elle contracte une obligation pour un tiers puisqu'elle s'oblige à livrer le bien vendu. Gaïus suppose une vente faite tout d'abord et une femme qui se sert de l'argent qui en provient ou de la personne qui le doit, pour l'acquit d'un tiers. Pomponius, au contraire, indique un cas d'intercession déguisée qui pourrait se cacher sous cet exemple, c'est-à-dire une vente qui est la suite de l'acte que la femme veut faire pour autrui et dans cette vente une obligation, qui constitue une intercession prohibée.

3° La femme peut faire une donation (loi 4, § 1).

4° Elle peut renoncer à son hypothèque ou remettre un gage (L. 8, pr. D. et L. 11, Code), car en agissant ainsi elle n'oblige ni ses biens ni sa personne, elle ne fait qu'aliéner, ce qui lui est permis. Il en serait autrement pour la constitution sur ses biens d'un droit de gage ou d'hypo-

thèque pour autrui, dans ce cas, elle s'obligerait. L'hypothèque dont il s'agit ici n'est et ne peut être que l'hypothèque conventionnelle que la femme a sur les biens d'un tiers ou de son mari, et non pas l'hypothèque privilégiée qui est d'ordre public.

Il en serait de même si la femme faisait cette remise à son mari. Qu'on ne craigne pas de voir ici une donation entre époux prohibée par la loi, Papinien est formel sur ce point (loi 18, *quæ in fraudem* XLII, 8), parce que, dit-il, si elle avait lieu en fraude des créanciers, on la révoquerait en leur donnant une action utile ; et du reste, il n'y a pas ici appauvrissement du donateur, un des caractères constitutifs de la donation.

De ce que la femme peut renoncer à son hypothèque, il ne faut pas conclure qu'elle puisse renoncer à son rang en faveur d'un créancier qu'elle précède ; c'est-à-dire réaliser la convention appelée : *pactum de post ponendo*. Le motif de cette différence est le même que celui que nous avons déjà donné à propos de l'aliénation et de l'obligation ; en effet dans la remise de gage, dans la renonciation à son hypothèque elle fait un sacrifice actuel et appréciable, tandis que dans le *pactum de post ponendo* elle peut se faire illusion et croire qu'elle aura encore suffisante garantie.

Ceci résulte de la loi 17 § 1 d'Africain dont la concision demande à être expliquée.

Une femme avait contre son mari, divorcé d'avec elle, deux sortes de créances, l'une en restitution de sa dot,

l'autre provenant d'un prêt qu'elle lui avait fait, garanties toutes les deux par un droit de gage sur un bien de ce dernier. Un autre créancier du mari veut prendre la place de la femme, il la consulte et n'entend parler par elle que de sa créance dotale ; il lui en rembourse le montant et se met en possession du fonds.

Mais voilà que cette femme vient le troubler par l'action quasi-servienne en raison de la deuxième créance de prêt dont elle n'a point parlé. Le créancier invoque l'exception de ce qu'elle a consenti à la convention de gage. La femme peut-elle repousser cette exception, par la réplique du Velléien? Africain répond, il est vrai, que la réplique ne sera pas donnée à la femme, mais pour une raison toute spéciale : parce que le créancier ne connaissant pas la deuxième créance de la femme, celle-ci est de mauvaise foi et, pour cette raison, ne doit pas être protégée par le sénatus-consulte qui ne protège pas le dol. Si donc le créancier avait connu la deuxième créance, il y aurait eu application du sénatus-consulte. Le *pactum de post ponendo* est donc un acte prohibé, une intercession.

Cette intercession n'a pas les caractères ordinaires, car on ne peut dire que, par cette convention, la femme s'oblige ; « mais elle fait un acte qui s'en rapproche ; en permettant « qu'un tiers la prime sur un droit qu'elle modifie, elle « oblige pour ainsi dire le bien sur lequel ce droit était « établi. »

§ 2. — *Il faut que la femme s'oblige pour autrui.*

La deuxième condition de l'intercession c'est que la femme s'oblige pour autrui, qu'elle prenne à sa charge une obligation étrangère, par les deux moyens que nous avons déjà vus, soit que cette obligation soit préexistante, soit qu'elle lui donne elle-même naissance.

Du reste, il ne s'agit pas de savoir si la femme rend service à autrui, mais si elle s'oblige ou non pour autrui. Le Sénat s'occupe du résultat obtenu ; ce qu'il défend c'est que la femme se charge d'une dette pour qu'un autre soit libéré ou dispensé de la contracter.

D'où il suit : 1° que la femme peut prendre sur elle les risques d'une entreprise ou d'une opération. La loi 8 § 1 D. h. t. en donne un exemple : un tuteur va vendre les immeubles de son pupille, soit pour payer des dettes, soit parce qu'ils sont sujets à dépérissement, soit pour obéir à la loi ordonnant jusqu'à Constantin de vendre les maisons (L. 22, Code V, § 37). Mais la mère prie le tuteur de ne pas les vendre, lui promettant de l'indemniser, s'il est plus tard poursuivi. Ceci arrive en effet, il est poursuivi, il réclame indemnité à la femme, mais elle ne peut opposer le sénatus-consulte Velléien, car elle n'a pas intercédé ; elle ne s'est chargée d'aucune obligation étrangère, elle l'a fait naître. Elle aurait intercédé pour le tuteur, si elle s'était engagée envers le créancier de ce tuteur.

On pourrait confondre deux opérations qui se rapprochent par un point et s'éloignent par un autre : nous voulons parler d'une obligation sans obligation préexistante comme une *mutui datio*, et d'une opération semblable à celle qui vient d'être citée où il y a absence d'intercession quand la femme fait naître elle-même l'obligation.

Dans les deux cas la femme, pour mettre à couvert autrui, s'oblige, crée une obligation nouvelle : là est le rapprochement. Mais il y a grande différence dans les deux opérations, car dans la première la femme tourne la prohibition du sénatus-consulte et il est naturel que le Sénat défende une semblable manœuvre. Dans la deuxième opération, elle fait tomber sur un tiers une responsabilité, elle se crée à ce propos une obligation, il est juste donc qu'elle l'accomplisse, car là, elle est loin de s'obliger pour autrui.

La loi 6 pr. au Code offre un exemple semblable. Une femme veut administrer la fortune de ses enfants à la place de leurs tuteurs. Elle s'engage vis-à-vis d'eux à les indemniser au cas où ils seraient condamnés par suite de sa mauvaise gestion, car ils restent toujours responsables. Sur leur poursuite, la femme ne pourra pas invoquer le sénatus-consulte ; elle sera obligée, elle et le fidéjusseur qu'elle aura fourni. Elle n'a pas intercédé, elle a créé une obligation qui vient de son fait personnel et qui n'est nullement contractée pour autrui.

La loi 19 contient deux exemples à peu près analogues dans son *principium* et dans son paragraphe 1.

2° Elle peut recevoir d'un débiteur le paiement de ce

qu'il doit à un autre et promettre de lui rapporter la ratification du créancier. Ce n'est pas là une intercession. Elle est obligée, mais ce n'est pas la dette d'un autre qu'elle a prise : Julien dans la loi 15, D. dit que si elle ne remplit pas son obligation, elle ne pourra opposer l'exception Velléienne à l'action *ex stipulatu*, parce que ce qu'on lui demande ce n'est pas d'exécuter un engagement, de payer pour un autre, mais de verser l'argent qu'elle conserve indûment.

La femme intercède, au contraire, dans les lois 6, § 1 au Code et 19, § 4, D.

Il y a des cas où la femme intercède tantôt pour le tout, tantôt pas du tout, tantôt pour une partie. Cela dépend des circonstances.

1° La femme intercède pour le tout quand elle s'oblige solidairement pour un autre sans avoir d'intérêt dans l'opération.

2° Elle n'intercède pas du tout et fait un acte valable quand son obligation bien que solidaire, lui procure un avantage supérieur à sa dette. La loi 17, § 2, en donne un exemple dans sa première partie.

3° Elle intercède pour partie quand son intérêt est inférieur à la dette contractée. Exemple : Loi 17, § 52, *in fine*.

Voici la traduction de cette loi :

Une femme et Titius faisant un emprunt en vue d'une chose commune entre eux, ont contracté une obligation corréale. La femme ne devra pas toujours être considérée

comme ayant intercédé pour la part de son communiste. En effet, lorsque l'emprunt a été fait pour un motif tel que sans cet emprunt la femme eût souffert une perte plus considérable, il vaut mieux dire que le sénatus-consulte ne s'applique pas. Si, au contraire, la somme a été empruntée en vue d'un achat, la femme est censée avoir intercédé pour moitié...

La défense faite à la femme de s'obliger pour autrui est si absolue qu'on ne lui permet de s'obliger pour aucun débiteur, ni pour son mari, son père ou son fils, ni pour son esclave ou pour l'esclave d'autrui. Paul est formel (Sent. II, XI. 1). « *Tam pro viris quam pro fœminis intercedere mulieres prohibentur.* »

Dans la loi 8 § 15, Ulpien se demande si le sénatus-consulte doit encore s'appliquer quand la femme s'oblige pour un incapable, tel qu'un pupille, ou un mineur de 25 ans et il décide qu'il y a là encore intercession.

§ 3. — *La femme doit s'obliger paur autrui vis-à-vis d'un créancier et dans l'intérêt d'autrui.*

Il faut en effet trois personnes dans l'opération, la femme, le débiteur et le créancier. Et la femme ne doit pas s'obliger pour celui envers qui elle s'oblige, car cet acte n'est pas prohibé et elle peut fort bien s'obliger elle-même vis-à-vis d'un créancier : dans ce cas elle crée son obligation et elle ne se trouve pas dans le cas prohibé par le Sénat :

l'immixtion dans les *officia virilia*, s'engager pour autrui. A côté de ce motif politique se rencontre encore l'idée de protection quand, par exemple, on lui défend d'intervenir même pour une autre femme.

Donc la femme peut se charger de l'affaire d'autrui : 1° en faisant adition d'hérédité. Elle n'intercède pas, car si elle devient débitrice envers les créanciers héréditaires, elle n'a pas traité avec eux. 2° En promettant à un débiteur de l'indemniser Ex. : Loi 19, pr. ; § 1, § 2, § 3.

Tandis que dans la loi 19 § 4 il y a intercession : la femme promet à un héritier institué hésitant de lui payer elle-même ce qu'il n'aura pas pu obtenir du débiteur du défunt. Là elle s'oblige pour un débiteur et traite avec le créancier.

La femme ne peut s'obliger pour autrui envers aucun créancier, ni envers un pupille, un mineur de vingt-cinq ans, ni envers un esclave.

L'action qne le mineur de vingt-cinq ans intentera contre la femme sera repoussée par l'exception velléienne, mais cela ne lui préjudiciera pas parce qu'on rendra au mineur l'action primitive. Cependant si le premier débiteur se trouvait insolvable, la femme serait tenue de son obligation, bien qu'elle ait intercédé. C'est une exception au sénatus-consulte Velléien.

Nous l'avons déjà dit : il faut de plus que la femme s'oblige dans l'intérêt d'autrui. En effet, si, en s'engageant pour autrui, elle retire de cet acte quelque avantage, elle n'intercède pas, car ici elle gère, non l'affaire d'autrui,

mais sa propre affaire. On ne pouvait pas exclure absolument la femme des transactions, on ne pouvait pas non plus, sous prétexte de protection, maintenir une incapacité qui lui eût été nuisible.

Mais il faut que cet intérêt soit pécuniaire, nous avons vu, en effet, que la femme ne pouvait pas intercéder pour son mari, son père, ou son fils.

Les textes donnent de nombreuses hypothèses où la femme agissant pour autrui fait sa propre affaire.

Le principe est posé dans la loi 21 pr. : *Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem ejus, quod acceptum est, versaretur, exceptio senatus-consulti locum non habet.* »

1° Une femme étant esclave promet une somme d'argent à son maître pour être affranchie. Cette promesse étant sans valeur, elle fournit un *expromissor* qui en garantit l'exécution. Devenue libre, elle prend à sa charge l'obligation de l'*expromissor*. Là, elle ne fait que sa propre affaire, elle ne s'engage pas (loi 13 pr.).

2° Elle achète une hérédité, et fait les stipulations *emptæ* et *venditæ hereditatis*. Puis le véritable héritier est poursuivi par les créanciers de la succession, en vertu du principe *semel heres, semper heres*. La femme vient prendre sa défense, mais dans ce cas, si elle est condamnée, elle elle ne pourra pas opposer à l'action *judicati*, l'exception velléienne, car la femme va au devant d'un recours qu'aurait eu le créancier contre elle (loi 3).

3° Il en est de même, elle est valablement obligée, si elle se présente pour défendre son fidéjusseur poursuivi,

car, condamné, il aurait eu un recours contre elle (lois 3 et 13).

Elle agit encore pour elle quand, par un moyen quelconque, elle s'oblige vis-à-vis d'un tiers pour éteindre sa propre dette (l. 2 Code).

4° Une femme débitrice est déléguée par son créancier au créancier de ce dernier. En s'obligeant pour le délégant vis-à-vis du délégataire, elle se libère envers le délégant, donc elle fait son affaire (loi 24 pr.). Au contraire, elle intercède (l. 24, § 1) quand elle ne se libère pas, quand, par exemple, elle s'oblige vis-à-vis du créancier de son créancier pour ne pas être déléguée, ou si elle n'est pas la débitrice du délégant.

5° Quand une femme délègue sa débitrice à son mari pour qu'il paie un créancier qu'elle a, lui répondant de la solvabilité de cette dernière, cette obligation ne constitue pas une intercession (l. 27, § 2).

6° Dans la loi 8, § 2, d'Ulpien, nous voyons une espèce controversée. Primus est le créancier de Secundus et le débiteur de Tertius. Une femme se porte vis-à-vis de lui *expromissor* pour Secundus et elle le libère envers Tertius, comment qualifier cette double opération?

D'après Julien, ce sont deux intercessions.

Mais, d'après Marcellus, si la libération de Secundus est toujours une intercession, il n'en est pas toujours de même pour la libération de Primus. En effet, ou bien la femme a été trouver Tertius pour libérer Primus et alors il y a intercession, ou bien elle ne s'est engagée que parce que

Primus l'a déléguée à son créancier ; alors elle ne s'oblige vis-à-vis de Tertius que pour son propre compte, c'est-à-dire dans le but de se libérer de l'*expromissio* qu'elle a déjà contractée envers Primus. Elle n'intercède donc pas. Il faut donc lui donner bien plutôt une *condictio sine causa* contre Primus, son délégant, pour lui réclamer ce qu'elle a payé à Tertius, que lui donner l'exception velléienne contre le délégataire ; si elle n'a pas encore payé, cette *condictio* lui fera obtenir sa libération.

Cette deuxième opinion nous paraît préférable, le raisonnement en est plus juridique et plus exact.

La femme peut s'obliger valablement quand elle reçoit le prix de son intercession, soit à l'avance, soit après s'être obligée, mais avant d'être poursuivie, soit au moment même où elle contracte son obligation.

Il y a controverse sur le point de savoir comment elle prouverait qu'elle a reçu quelque chose et si la somme reçue doit être ou non l'équivalent du préjudice que la femme peut encourir (l. 23, Code).

a. — Pour la preuve, on dit que si l'acte public porte que la femme a reçu quelque chose, cette mention doit être réputée vraie d'une façon absolue.

b. — Pour la quotité de la somme : 1° les uns s'appuient sur la loi 23 au Code et prétendent qu'il suffit que la femme ait reçu quelque chose, quelque insignifiant que ce soit, pour que la femme ayant intérêt soit obligée.

Cette opinion se lie intimement au système de ceux qui prétendent que la femme peut renoncer à invoquer l'excep-

tion du sénatus-consulte, très vive controverse que nous verrons plus loin.

Deuxième opinion. — Le autres qui sont pour la négative dans la question de la renonciation, veulent qu'il y ait un rapport entre la somme fournie et le préjudice que pourrait causer l'intercession.

Le point est délicat et le préteur, sans aucun doute à notre avis, devait examiner la question avec la plus grande attention, recherchant si sous l'apparence d'une indemnité, il ne se cacherait pas une intercession déguisée ou bien si la femme ne serait pas victime d'un dol.

En un mot, il faut donc rechercher si la femme en s'obligeant a un intérêt en jeu. Elle a pu agir et dans son intérêt, et dans celui d'autrui, mais dans ce cas, elle ne sera valablement engagée que pour partie. Là elle s'oblige avec un tiers et les opérations se divisent. Reçoit-elle au contraire le prix de son intercession, elle a voulu faire une spéculation, elle n'intercède pas.

Les applications de ces principes se rencontrent dans trois cas qui se présentent quand la femme s'oblige avec un tiers, Loi 17 § 2, D. comme nous l'avons précédemment expliqué, nous y renvoyons.

§ 4. — *Il faut que l'acte de la femme ne constitue pas une donation.*

Nous avons vu que la femme pouvait aliéner des biens dans le but de faire une libéralité à autrui et que là, il n'y avait pas d'obligation, partant pas d'intercession. Elle peut aussi s'obliger *animo donandi* en ne se réservant aucun recours contre le débiteur.

Mais comme le sénatus-consulte Velléien a pour but de protéger la femme contre les entraînements et les illusions qu'elle peut se faire en s'obligeant pour autrui, il ne suffit pas, comme le fait remarquer M. Gide, que la femme agisse dans un esprit de libéralité et de bienfaisance, il faut qu'elle fasse une véritable donation avec appauvrissement de sa part et enrichissement pour le donataire, en un mot, que son sacrifice soit évident et actuel. La loi 8, § 5, *in fine* exprime cette idée avec une énergique concision : « *Non quæ deminuit restituitur*, » et la loi 21, § 1 vient encore fournir un nouvel argument.

D'après cette idée, il est facile de voir qu'il ne s'agit ici que des intercessions privatives où la femme s'oblige pour libérer le débiteur, et non des intercessions cumulatives où elle s'oblige conjointement avec le débiteur sans le libérer. Dans le premier cas et quand elle renonce en même temps à tout recours, son sacrifice est évident, c'est une véritable donation ; mais dans le second, où par exemple, elle inter-

vient pour cautionner un débiteur en renonçant à tout recours contre lui, la femme a pu s'illusionner sur la position du débiteur, penser qu'il arriverait à se libérer, et qu'en somme, au lieu de faire en sa faveur un vrai sacrifice, une donation, elle ne faisait que mettre son crédit à son service, sans grande chance de perte. Dans ce cas, elle fait une intercession malgré l'apparence de libéralité. Et, en effet, il n'y a pas enrichissement du débiteur qui reste toujours tenu.

CHAPITRE II

EXCEPTIONS AU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

Nous avons bien rencontré, il est vrai, des cas où la défense d'intercéder cessait, parce qu'on ne se trouvait plus en présence des motifs qui avaient inspiré le Sénat dans sa défense, mais ces cas n'étaient pas des exceptions proprement dites.

Bien que l'application du sénatus-consulte soit très générale et pour toutes les femmes, et pour tous les débiteurs et vis-à-vis de tous les créanciers, il y a cependant un certain nombre d'exceptions. Elles sont fondées ou sur la cause de l'intercession ou sur la position du créancier, ou sur un fait de la femme.

§ 1. — *Exceptions fondées sur la cause de l'intercession.*

En général la femme peut intercéder quand il s'agit de remplir un devoir pieux, ou d'un motif qui écarte toute idée de spéculation.

Ainsi une femme peut intercéder *pro dote*, c'est-à-dire s'obliger envers son gendre à constituer ou à garantir une dot à sa fille. La mère remplit en quelque sorte, une obli-

gation morale, naturelle : telle est la cause ici de l'intercession : *pietatis causa* (L. 12, Code).

Justinien généralisa cette exception et l'étendit à tous les cas où la femme s'obligerait pour constituer une dot à quelque personne que ce fût (Loi 25 au Code).

Quand la femme s'oblige envers un maître pour qu'il donne la liberté à son esclave, y a-t-il ou non intercession prohibée ? La question s'élevait autrefois, Justinien la résout en décidant que dans ce cas la femme s'oblige valablement (L. 24, C.).

La loi 41 D. *de procuratoribus* de Paul nous dit que les femmes, en certains cas appréciés par le préteur, *cognita causa*, peuvent être admises à se défendre en justice *pro alio* ; ce qui constitue généralement une intercession. Ces cas exceptionnels se rencontrent quand, par exemple, des ascendants empêchés par l'âge ou la maladie ne se présentent pas dans un procès et que personne ne vient les défendre.

La femme parente de celui dont la question d'état est soulevée dans un procès peut prendre également sa défense en justice, en se conformant aux prescriptions précédentes (L. 3 § 2, D. *de lib. caus.*, XL, 12).

§ 2. — *Exceptions fondées sur la position du créancier.*

L'exception du sénatus-consulte ne peut être opposée au créancier de bonne foi. Cette bonne foi consiste dans

l'erreur où se trouve ce créancier sur l'opération de la femme. Il ignore que la femme intercède parce qu'il croit qu'elle s'oblige pour elle-même, ou pour autrui, mais dans un cas permis. La loi 12, D. est formelle : « *Locus est senatus-consulto quum scit creditor eam intercedere* », d'où l'on tire argument *a contrario* pour le cas où le créancier ne le sait pas.

Le créancier peut être renseigné et la femme avoir voulu aussi faire fraude en dissimulant son intercession, dans ce cas, le sénatus-consulte s'appliquera (L. 29 § 1, D.). Car le créancier est coupable d'avoir favorisé ces fraudes. Le dol du créancier compense celui de la femme et l'on se trouve en présence d'une intercession prohibée.

La loi 13 au Code semble contredire ce principe en écartant l'application du sénatus-consulte, alors même que le créancier connaît le motif de la femme. La contradiction n'est qu'apparente ainsi que nous allons le démontrer. Une femme emprunte de l'argent qu'elle emploie ensuite à payer les dettes de son mari.

Il semblerait qu'on devrait dire que le créancier agissant contre la femme sera repoussé ou non par l'exception velléienne, selon qu'il aurait ou non connu l'intercession ; et cependant la loi qui est un rescrit de Dioclétien et Maximin prononce en ce sens qu'il ne sera pas repoussé qu'il ait ou non connu le motif du contrat.

On a voulu expliquer ce texte d'une façon bien facile, du reste, en faisant intervenir une interpolation de mots. Il nous semble plus exact et plus juridique en même temps,

de l'expliquer d'après les principes. Or, d'après les principes il n'y a pas ici d'intercession. La femme peut valablement s'obliger, emprunter et ensuite faire des sommes empruntées tel usage qu'elle voudra, les donner à autrui, par exemple ; elle aliène son bien sans espoir d'indemnité, son sacrifice est évident et actuel et cet acte est permis. Donc peu importe, dans cette hypothèse, que le créancier connaisse ou non l'opération de la femme. Ici la femme n'emprunte pas au lieu et place de son mari, faisant une opération qui cache une intercession ; elle n'intervient pour personne, donc ne fait pas intercession. Il en serait autrement si, au contraire, la femme empruntait pour rendre service à un tiers qui, par là, se trouverait dispensé d'emprunter en personne. Ce sont bien là les *mutui dationes* prohibées où le sénatus-consulte voit une intercession et où par conséquent, il importerait de savoir si le créancier a su ou non l'opération de la femme.

Nous avons dit que l'exception velléienne ne pouvait pas être opposée au créancier de bonne foi qui ne connaissait pas l'opération de la femme, surtout si elle a fait un acte licite en apparence, mais cachant une intercession déguisée. Ceci peut se présenter de deux manières.

1° La femme joue le rôle de personne interposée. Le créancier pensant qu'elle agit pour son compte ne peut se voir opposer l'exception velléienne. La loi 11, D., en donne un exemple et fournit en même temps le motif : *alioquin nemo cum fœminis contrahet.*

Il en serait autrement si l'emprunt était fait par la femme de connivence avec le créancier.

2° La femme donne mandat à une personne d'intercéder à sa place. Ce sont mêmes principes et mêmes motifs. La loi 32, § 3, fait ressortir très bien la différence existant entre le créancier de bonne foi et celui de mauvaise foi.

A l'application de ces principes, il y a deux conditions : que la femme soit de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'elle ignore le bénéfice qui la protège, et que l'erreur du créancier soit excusable. La loi 17 pr. donne un exemple où cette condition n'est pas remplie.

Une femme débitrice, nous l'avons déjà dit, peut être déléguée par son créancier au créancier de ce dernier ; en s'obligeant pour le délégant vis-à-vis du délégataire elle se libère vis-à-vis du premier et par conséquent fait sa propre affaire. Mais, au contraire, elle intercède si elle n'est pas débitrice du délégant, et dans ce cas, elle opposera l'exception velléienne à l'action du créancier délégataire, quand même il aurait cru que la femme était véritablement débitrice du délégant. Ainsi se prononce Africain dans la loi 17 pr. Le créancier est, en effet, tenu de s'enquérir si la femme avant la délégation était vraiment débitrice. Il y a ici intercession déguisée.

Nous trouvons une espèce plus compliquée mais conçue dans le même ordre d'idées dans la loi 19, § 5, qui, du reste, il faut le remarquer, est du même Africain que la loi 17.

Voici l'espèce : Un créancier, Paulus, a pour débiteur

Titius. Une femme, Seia, voulant libérer Titius propose au créancier de se porter *expromissor* pour lui. Il refuse, parce qu'il connaît la prohibition velléienne. La femme s'adresse alors à un tiers, Claudius, et lui demande de lui prêter de l'argent qu'il versera entre les mains de Paulus. Comme Claudius n'a pas d'argent à sa disposition, il s'engage seulement par stipulation à payer à Paulus la somme demandée.

Il se présente deux hypothèses :

1° Claudius n'a pas encore payé Paulus. Si Claudius réclame la somme à Seia, celle-ci pourra-t-elle opposer l'exception velléienne ? Poursuivi *ex stipulatu* par Paulus, peut-il de même, comme fidéjusseur de la femme, opposer l'exception ?

Africain répond affirmativement, il faut considérer Claudius comme fidéjusseur de la femme, sinon il agirait contre la femme par l'action *mandati contraria*, dans le cas où il serait obligé de payer. Il oppose une exception utile.

2° Claudius a déjà payé Paulus, il était de bonne foi : Quelle est sa position vis-à-vis de Seia et de Paulus ? Peut-il se retourner contre la femme sans craindre l'exception velléienne ? Et par contre, peut-il exercer contre Paulus la *condictio indebiti* pour lui réclamer ce qu'il lui a indûment payé ?

Africain, embarrassé d'abord, avait pensé à assimiler ce cas à celui où la femme aurait délégué son débiteur au créancier d'autrui ; dans ce cas là, il n'y aurait pas intercession. Mais ici la femme prend à sa charge une obliga-

tion étrangère, il y a donc bien intercession : la femme peut donc répondre à Claudius par l'exception Velléienne ; dans ce cas, ce même Claudius pourra valablement exercer la condition *indebiti* contre Paulus, s'il a payé dans l'ignorance de l'intercession.

Donc, voici la situation en face de laquelle nous nous trouvons : Claudius, malgré sa bonne foi, malgré la fraude de la femme, se verra opposer l'exception du sénatus-consulte. Comment expliquer ce résultat, sinon en disant que c'est une exception au principe qui écarte le Velléien par suite de la bonne foi du créancier? Et d'où vient cette exception, sinon de cet autre principe que l'erreur, fondement de la bonne foi du créancier, doit, pour être admise, être excusable. Paulus est évidemment de mauvaise foi, puisque, n'ayant pas voulu de la femme comme débitrice à cause du Velléien, il accepte une personne à sa place pour faire avec elle fraude au Velléien. Il est donc juste qu'on le force à rendre ce qu'il a indûment reçu de la personne interposée. Claudius est de bonne foi, mais il est en faute de n'avoir pas deviné l'intercession, quand la femme lui a dit de s'obliger envers le créancier de Titius.

Le sénatus-consulte Velléien ne s'applique pas quand la femme se trouve en conflit avec une personne considérée comme plus digne de protection qu'elle.

Ainsi une femme s'est constituée débitrice pour une autre personne auprès d'un mineur de vingt-cinq ans. En principe le mineur est repoussé par l'exception Velléienne ; mais dans le cas où le débiteur primitif est devenu insol-

vable, où il y a conflit entre la femme et le mineur, ce dernier est favorisé aux dépens de la femme.

Enfin, il se peut que le créancier se trouve en présence d'une femme devenant l'héritière du débiteur pour lequel elle a intercédé. Le créancier ayant à son choix deux actions contre elle, peu importe à quel titre il agira, la femme devra toujours payer (Loi 8, § 13, D.).

§ 3. — *Exceptions fondées sur un fait de la femme.*

Les textes nous présentent plusieurs cas où le sénatus-consulte Velléien ne s'applique pas par suite d'un fait de la femme, ètant admise la bonne foi du créancier.

Ainsi, la femme a trompé le créancier. Interrogée en justice si elle est héritière, elle répond affirmativement, quand elle sait ne l'être pas (L. 23, D.).

La loi 17, § 1 déjà expliquée nous a fourni une application de ce principe. Si dans le cas prévu, la femme n'a pu user du sénatus-consulte c'est qu'elle a trompé le créancier en omettant de lui parler de la seconde hypothèque.

C'est la même solution, si la femme a laissé prendre hypothèque pour une créance de son mari sur des biens qui lui appartenaient. D'après les termes de la loi 30, pr. D. il faut décider la même chose, en supposant que la femme a frauduleusement omis d'éclairer le créancier qui se trompait.

Justinien introduisit une innovation qui rentre dans cette

exception : quand la femme a renouvelé son intercession après deux ans, elle ne pourra plus opposer l'exception du sénatus-consulte (L. 22, Code). C'est qu'on ne peut expliquer cette persévérance qu'en pensant qu'il y va de l'intérêt de la femme d'agir ainsi.

Bien que ce soit controversé, on décide généralement que la femme doit être majeure à la première intercession et qu'elle est obligée en vertu de la seconde.

De la renonciation au sénatus-consulte Velléien.

Par l'étude des exceptions, nous avons vu que le nombre des actes défendus par le sénatus-consulte Velléien aux femmes se trouvait grandement restreint. La jurisprudence contribua à cette restriction. Il faut maintenant se demander si ces exceptions furent encore plus étendues, en un mot, s'il était permis à la femme de renoncer à son privilège.

A cette question, la première idée qui se présente à l'esprit, ce nous semble, c'est que dans le cas de l'affirmative, l'exception serait tellement large qu'elle détruirait complètement la règle, mais une impression ne suffit pas, et nous allons chercher à établir par l'esprit de l'institution et par les textes qu'il fut impossible à la femme de renoncer au bénéfice du sénatus-consulte. C'eût été, dit M. Gide, dénaturer le sens, fausser l'application du sénatus-consulte, au lendemain même du jour où il était promulgué.

L'incapacité pour les femmes d'intercéder est d'ordre public, puisque le but du sénatus-consulte est de les écarter des *officia virilia* ; son but est encore de les protéger contre leur propre faiblesse. En renonçant, la femme violerait donc une loi d'ordre public, or l'on sait que toute convention contre l'ordre public et les bonnes mœurs est nulle ; de plus, elle se trouverait en opposition avec ce principe qu'un incapable ne peut rejeter la protection que la loi lui accorde, pour se donner une capacité que la loi lui refuse. Si elle pouvait renoncer, à quoi servirait la prohibition du sénatus-consulte, et comment comprendre la sévérité de cette disposition qui annule l'obligation de la femme au point de n'en pas même laisser subsister une obligation naturelle? La renonciation deviendrait, en quelque sorte, de style dans toutes les obligations, et serait l'anéantissement légal de la loi.

Examinons maintenant les textes.

Nous trouvons trois dispositions dans lesquelles les femmes peuvent renoncer au sénatus-consulte Velléien : La loi 3, Cod. *Quando Mulier tut. off.* V, 35 et la novelle 118, où Justinien déclare que la femme peut renoncer à se prévaloir du Velléien, quand elle veut se charger de la tutelle de ses enfants ou petits-enfants ; la loi 22, Code, où l'intercession renouvelée au bout de deux ans équivaut à une ratification de la première et à une renonciation au sénatus-consulte ; enfin la loi 23 au Code disant que dès le début son obligation vaudra d'une manière absolue, à la seule condition d'être constatée par acte public portant

que la femme a reçu quelque chose pour intervenir. De ces trois cas limitativement déterminés de renonciation on conclut à cette règle générale qu'on ne peut pas renoncer au sénatus-consulte.

Mais si ces textes, victorieux pour notre opinion, se trouvent écartés par ceux qui prétendent qu'il faut seulement discuter sur les textes de l'époque classique, l'époque postérieure comportant, en cette matière, une législation nouvelle, nous transporterons la discussion sur ce terrain et autour de la loi 32, § 4, sur lequel s'est concentré tout l'effort de la controverse.

Avant toute autre chose, nous tenons à dire, dès à présent, que les trois lois ci-dessus indiquées prouvent contre ceux qui veulent les écarter, que même sous Justinien, il reste interdit à la femme de renoncer à son privilège.

D'après la loi 32 § 4, la femme après avoir intercédé pour quelqu'un se présente en justice pour venir prendre le rôle de défendeur à sa place, et le libérer ainsi en s'exposant à être condamnée ; on le lui permettra, mais à une condition : qu'elle promette de ne pas user de son exception, et qu'elle donne caution.

Sur ce texte, il s'est formé trois opinions :

Première opinion. — (M. Dubois). Elle peut renoncer au sénatus-consulte, car il n'y a rien de spécial dans l'hypothèse prévue, c'est l'application de la règle : que la femme peut renoncer ; pourquoi lui eût-on accordé cette faculté au moment où elle est poursuivie et refusé au moment où elle intercède ?

Deuxième opinion. — Parmi ceux qui sont d'avis que la femme ne peut pas renoncer au bénéfice du sénatus-consulte, il a été émis plusieurs explications :

On dit dans une seconde opinion : cette loi ne peut être invoquée contre nous, car elle ne fait qu'appliquer les principes ordinaires en matière de paiement, c'est-à-dire que quand la femme prend en justice la défense de celui pour qui elle s'est obligée, elle le libère comme si elle payait pour lui ; or il ne lui est pas défendu de payer pour autrui. Mais il est facile de répondre qu'en effet le payement pour autrui n'est pas défendu (l. 4 § 1 D.), mais que la défense en justice l'est formellement (l. 2 § 5) ; on ne peut donc en cette matière faire aucune assimilation entre ces deux actes.

Troisième opinion. — M. Gide propose une solution très simple et très ingénieuse ; cette loi, d'après lui, fournit justement un argument contre la renonciation : « Cette caution imposée à la femme serait chose non seulement inutile, mais inconcevable s'il était permis à la femme de renoncer directement à son exception..... » Cette explication nous séduit par sa simplicité, elle nous semble la meilleure.

Nous trouvons encore au Digeste plusieurs lois dans le même sens : loi 29, § 1, où Paul nous dit que tout ce qui a pu être imaginé en fraude du sénatus-consulte est nul ; et la loi 30 pr. du même jurisconsulte où il dit avec évidence que la femme commet un dol en intercédant soit lorsqu'elle agit pour tromper le créancier, soit lorsque, instruite de son

privilège, elle intercède néanmoins. Or, dans ce dernier cas, y aurait-il un dol de sa part, si on ne lui défendait pas de renoncer au bénéfice de sénatus-consulte? Il n'y aurait pas de dol puisque, en renonçant elle ne pourrait plus opposer au créancier son privilège.

CHAPITRE III

EFFETS DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

Nous avons étudié jusqu'ici la nature de l'incapacité dont la femme était frappée par le sénatus-consulte Velléien, nous en avons recherché l'étendue, il nous reste à examiner quels en étaient les effets. La défense du Sénat, sous sa forme bénigne, est des plus rigoureuses : rien ne subsiste de l'obligation contractée au mépris de sa disposition. Il résulte de cela et il en était ainsi à l'origine, que le sénatus-consulte ne produit d'effet qu'à l'égard de la femme, et par voie de conséquence, et seulement vis à vis des personnes engagées pour elle intercédante, ou, sur son ordre, pour autrui, car autrement par leur recours contre la femme celle-ci en eût souffert le contre-coup.

Avec cet effet du sénatus-consulte, il se présentait une conséquence inique : le créancier qui avait traité avec la femme avait perdu toute action, contre elle d'abord, et ensuite contre son débiteur primitif et ce dernier s'enrichissait à ses dépens. Mais le préteur vint corriger ce résultat injuste par une disposition toute d'équité. Il restitua au créancier son ancienne action contre son premier débiteur, en un mot il rétablit les choses dans leur état primitif.

Nous avons donc à étudier successivement deux effets principaux du sénatus-consulte :

1° Vis à vis de la femme et de ceux qui se sont obligés pour elle ou sur son ordre pour autrui ;

2° Vis à vis du créancier.

§ 1. — *Effets du sénatus-consulte vis-à-vis de la femme et de ceux qui se sont obligés pour elle.*

Le sénatus-consulte rend vaine toute obligation contractée par la femme contrairement à sa défense ; la femme n'est pas liée, on ne peut, à ce titre, exercer contre elle aucune action, « *ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur.* » Il ne subsiste pas même une obligation naturelle par laquelle on pourrait encore la tenir. « *Totam improbat obligationem*, dit Julien, dans la loi 16, D. On ne peut pas dire, au juste, que l'obligation soit annulée, il est plus exact de dire que toute action contre la femme est paralysée. La femme est, en effet, protégée de diverses manières : par un refus d'action fait au créancier, par une exception ou une réplique accordée à la femme, si elle n'a pas encore exécuté son obligation ou encore par une *condictio indebiti* ou une action en revendication, si elle l'a déjà exécutée.

I. *Le refus d'action.* — Les termes mêmes du sénatus-consulte prévoient les deux sortes d'intercessions de la femme qui oblige ses biens ou sa personne, et ils déclarent

qu'il faut refuser au créancier toute action réelle ou personnelle. Le préteur ne délivre pas la formule d'action quand il est certain que la femme a intercédé et ne se trouve pas dans un des cas exceptionnels. S'il y a doute, il délivre la formule en y insérant une exception.

II. *Exception accordée à la femme.* — On ne connaît pas au juste la formule de cette exception, mais il est probable qu'elle était conçue en ces termes. « *Si nihil in ea re contra senatusconsultum factum sit.* »

Cette exception offre plusieurs caractères distinctifs. Elle est perpétuelle et péremptoire, attachée non à la personne, mais à la chose, *rei cohærens*, c'est-à-dire accordée au principal obligé et de plus, à ceux qui ont intérêt à s'en prévaloir. Contrairement au principe que les exceptions ne peuvent être opposées après la sentence rendue, celle-ci peut encore être opposée après la condamnation pour en empêcher l'exécution, à l'action *judicati*. Ce qui se comprend facilement quand on réfléchit que la femme a la *condictio indebiti* pour réclamer ce qu'elle a payé, le créancier commettrait donc un dol en demandant qu'on exécutât le jugement pour être payé de ce qu'il devrait, peu après, restituer.

D'après ces principes, l'exception est donnée non seulement à la femme, mais encore à ceux qui se sont obligés pour elle ou sur son ordre. Ce sont :

1° *Ses héritiers* (L. 20, C.). Nous parlons pour ceux-ci et pour les autres qui suivent, du moment où ils sont poursuivis par le créancier.

Nous verrons plus tard, en la voyant en même temps pour la femme, le cas où ils ont déjà exécuté leur engagement.

2° *Le mandataire de la femme.* — Nous nous trouvons là vis-à-vis d'une intercession déguisée : la femme donne mandat à une personne de s'obliger pour autrui ; par là, elle intercède et l'on ne peut agir contre elle, on ne peut pas non plus agir contre le mandataire qui, du moins, si on agit, répondra par une exception, car autrement il recourrait contre la femme par l'action *mandati contraria*, ce qui arriverait à valider les intercessions déguisées (L. 30, § 1, D.). L'exception velléienne est accordée au mandataire, à la condition que le créancier ait eu connaissance de l'intercession, autrement il serait de bonne foi, et dans ce cas, son action ne serait pas repoussée par l'exception velléienne.

3° *Le fidéjusseur qui a garanti l'obligation de la femme.* — Il n'y a pas à distinguer si ce fidéjusseur est intervenu avec ou sans le mandat de la femme, si par conséquent il peut ou non recourir contre elle. Cette distinction faite par Gaïus Cassius dans la loi 16, § 1, D., par analogie du sénatus-consulte Macédonien est repoussée par Julien dans la même loi.

On a essayé de justifier cette opinion de plusieurs manières. Les uns (Doneau, Voët) s'appuient sur la nature de l'exception qui est *in rem* et non *in personam* et qui, pour ce motif, peut être invoquée par toute personne, et aussi sur les termes mêmes de Julien : *totam obligationem*

senatus improbat. N'y a-t-il pas là pétition de principe et n'est-ce pas résoudre la question par la question elle-même?

Les autres (Dubois) prétendent que la position du fidéjusseur est la même dans les deux cas, qu'il ait cautionné la femme sur son ordre, ou bien *animo donandi*, car si dans le premier cas il a un recours par l'action *mandati*, comme elle sera paralysée par l'exception velléienne de la femme, n'est-ce pas comme s'il n'y avait pas de recours et comme dans le second cas? Cette argumentation ne nous semble pas exacte, car il peut se rencontrer des cas où le recours contre la femme ne sera pas paralysé, par exemple si elle est coupable de dol.

Il nous semble donc plus juste et plus simple de trouver l'explication dans les différences profondes qui séparent le sénatus-consulte Velléien et le sénatus-consulte Macédonien et en repoussant l'analogie entre eux dont Gaïus Cassius voulait déduire toute son argumentation.

« Le premier est donné en haine des créanciers, le second pour un motif politique et en faveur des femmes, si donc le père a payé pour son fils ou une autre personne à sa place comme il n'y avait pas indû, la *condictio indebiti* est refusée. Le senatus-consulte Macédonien ne donne qu'un moyen de protection momentané... sans permettre de revenir sur l'exécution de l'obligation. »

Tandis que dans le sénatus-consulte Velléien, il y a indû, et la femme qui a payé peut répéter. D'où découle cette conséquence : qu'une semblable obligation ne peut produire

aucun effet ni pour la femme, ni pour ceux qui l'ont cautionnée. C'est de l'anéantissement complet de l'obligation que se déduit le droit pour le fidéjusseur de se défendre comme la femme contre l'action du créancier.

4° Le tiers qui a hypothéqué sa chose a la sûreté de l'intercession de la femme. Il est traité comme un fidéjusseur, dit Gaïus (L. 2 D. XX, 3), sans distinguer s'il est intervenu sur le mandat de la femme ou *animo donandi*.

5° Celui qui a été délégué par la femme sans être son débiteur. Il est assimilé, lui aussi, à un fidéjusseur (L. 8 § 4. D).

6° Le fidéjusseur du débiteur principal intervenu sur le mandat de la femme. Et ceci à deux conditions : 1° qu'il soit intervenu sur le mandat de la femme ; alors c'est une intercession déguisée ; 2° que le créancier envers qui il s'est engagé, ait été de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il ait su que le fidéjusseur de son débiteur intervenait comme mandataire de la femme.

Supposons le créancier de bonne foi. Quelle sera la situation du fidéjusseur vis-à-vis de celui-ci si ce créancier veut le poursuivre ?

Que ce fidéjusseur soit de bonne foi, et il serait de bonne foi, si la femme lui a dit, par exemple, qu'elle le faisait intervenir pour gérer sa propre affaire, et dans ce cas, dit Papinien, son erreur est inexcusable, car il est en faute de ne s'être pas renseigné, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, il ne peut se soustraire aux poursuites du créancier. Il n'y a entre les deux cas que cette différence, le premier

fidéjusseur de bonne foi, peut invoquer l'exception velléienne à laquelle d'ailleurs le créancier de bonne foi répondra victorieusement par la réplique de dol (L. 6, L. 32 § 3 D.). Donc, celui-là a cet avantage, que, fidéjusseur de bonne foi, il n'a son exception paralysée que si le créancier est de bonne foi ; et l'autre fidéjusseur ne peut jamais invoquer le bénéfice du sénatus-consulte, à cause de sa mauvaise foi.

Le fidéjusseur de bonne foi, obligé de la sorte à payer, n'aura-t-il aucun recours ? Agissant contre la femme par action *mandati contraria*, il sera repoussé par l'exception velléienne, qu'il ne pourra repousser à son tour par une réplique, pour cette raison que donne Papinien (loi 7) : « *facti non potest ignorationem prætendere.* » Papinien vient à son secours, et lui donne contre le débiteur dont, en définitive, il a fait l'affaire, l'action *negotiorum gestorum*, si sa gestion a été utile.

Enfin cette exception est donnée contre quiconque exerce une action ayant sa source dans une intercession, déguisée ou non.

III. *Réplique.* — C'est une exception en réponse à une autre exception. Nous en avons vu des exemples dans les lois 17, § 1 et 32, § 2.

Si la femme a exécuté son engagement, elle a deux actions pour se préserver des conséquences de la négligence qu'elle a commise en ne se servant pas des moyens de défense mis à sa disposition par le sénatus-consulte. Ce sont :

IV. *La condictio indebiti.* — C'est, en général, l'action

accordée à celui qui a payé indûment, et au moyen de laquelle il se fait rembourser l'argent qu'il ne devait pas.

Si la femme a payé en connaissance de cause, elle ne pourrait pas répéter, c'est l'application ordinaire des principes, et malgré l'argumentation qu'ont voulu en tirer les partisans de la renonciation, il faut assimiler ce paiement de la femme après l'intercession à celui qu'elle aurait fait auparavant et qui ne lui est pas défendu.

Pour que la *condictio* puisse être exercée, il faut donc que la femme ait payé dans l'ignorance de l'exception velléienne, et comme cette exception est perpétuelle, la femme a le droit de répéter ce qu'elle a ainsi indûment payé.

On peut objecter que la femme a commis une erreur de droit, qui ne peut fonder un droit, mais pour la femme, répond-on, l'erreur de fait et l'erreur de droit sont assimilées.

Si la femme a délégué son débiteur elle aura, comme le délégué, la *condictio indebiti*, car la délégation est assimilée au paiement (Loi 8, § 3).

V. *L'action en revendication*. — La femme l'exercera quand elle aura vendu et livré sa chose en exécution de son intercession ou quand elle aura constitué sur sa chose un droit réel, d'hypothèque ou de gage.

Nous en avons déjà vu un exemple dans la loi 32, § 2. On opposera bien à la femme l'exception *rei venditæ et traditæ*, mais elle répondra par la réplique velléienne. Pour que la femme puisse exercer la revendication, il faut qu'elle ait conservé la propriété de la chose, ainsi, par exemple,

qu'elle ait livré une chose *mancipi* dont elle a gardé le domaine quiritaire. Si le créancier qui a reçu le fonds en paiement ou en gage, le vend à un tiers, elle peut encore exercer sa revendication contre ce tiers qui n'a pu acquérir des droits que son auteur n'avait pas.

Nous venons d'étudier les différents moyens par lesquels la femme peut se soustraire à son obligation ou reprendre ce qu'elle a abandonné.

Mais ces moyens sont pour la femme tout à fait facultatifs. Ainsi dans la loi 31, D., nous voyons qu'il est question d'une femme qui a payé ce qu'elle devait par suite de son intercession. Elle ne veut pas répéter ce qu'elle a indûment payé, elle agit alors par l'action *mandati contraria* ou *gestorum negotiorum* contre le débiteur, et, de plus, elle lui donne caution pour l'indemniser du dommage qu'elle pourrait lui causer indirectement en intentant contre le créancier la *condictio indebiti*, car alors le créancier poursuivrait le débiteur par son ancienne action.

Ceci n'est pas inconciliable, comme on a voulu le dire, avec la défense de renoncer, car la femme, si elle eût pu renoncer, eût été livrée à la merci du créancier qui l'eût toujours exigé, tandis qu'ici la femme est libre de se servir de quel moyen elle veut pour se dégager.

La prohibition du sénatus-consulte Velléien est tellement énergique, qu'elle ne laisse même pas subsister une obligation naturelle, à la différence de ce qui se produit pour le sénatus-consulte Macédonien. Et ceci nous est prouvé par

les textes qui nous montrent que les effets attachés aux obligations naturelles ne subsistent pas ici.

Ainsi généralement une obligation naturelle peut être cautionnée ; on peut en garantir l'exécution par un privilège ou par un gage, et, principalement, quand elle existe, on le reconnaît au refus de la *condictio indebiti*. Or, toutes ces applications font défaut quand il s'agit du sénatus-consulte Velléien. Nous avons déjà, à propos de la loi 16, § 1, montré des hésitations parmi les jurisconsultes sur la question de savoir si on pouvait efficacement cautionner l'intercession de la femme ; nous avons constaté qu'elles venaient d'une fausse analogie avec le sénatus-consulte Macédonien, et nous en avons fait justice.

En était-il de même sous Justinien? Nous pensons que oui, en nous appuyant justement sur la loi 22 au Code qu'on nous oppose le plus souvent. Cette loi du reste, ne suppose nullement une ratification mais bien plutôt une obligation ne prenant naissance qu'à partir d'une seconde convention qui prouve que la femme a vraiment réfléchi, et qu'à partir de ce moment-là elle peut être obligée.

§ 2. — *Effets du sénatus-consulte vis-à-vis du créancier.*

Par suite de l'intercession de la femme, le débiteur primitif est libéré, et comme par ailleurs, le créancier ne peut agir contre la femme sans être repoussé par une exception, c'est donc le débiteur qui s'enrichirait aux dépens du

créancier, si le sénatus-consulte n'avait d'effet que vis-à-vis de la femme. Il en était ainsi, du reste, en principe, et c'est le prêteur qui est venu corriger cette conséquence injuste en restituant au créancier l'action primitive que lui a fait perdre l'intercession de la femme. C'est l'action restitutoire (l. 1, § 2).

Quant aux cas où la femme ne se charge pas d'une obligation préexistante, où elle fait une intercession déguisée, en s'interposant pour un tiers qu'elle dispense par là de s'obliger, l'action se nomme institutoire, elle est en effet instituée contre le tiers et elle produit le même résultat.

Quel est le caractère de l'action restitutoire? Le débiteur primitif a été libéré par l'*expromissio*, *jure civili*; c'est par le secours du prêteur qu'est donnée l'action, ce n'est donc que *jure prætorio* qu'il est lié désormais.

Par là nous allons voir son caractère. Malgré différents noms donnés par les commentateurs, nous dirons que cette action est utile parce que c'est le nom général donné aux actions introduites par le prêteur; qu'elle est fictive, parce qu'on suppose non réalisé un événement, l'intercession, qui s'est produit; qu'elle est qualifiée de *restitutiora*, parce que c'est ce qui se passe en réalité (L. 8, § 7, et L. 32, § 5).

On a voulu la confondre avec l'*in integrum restitutio*, la disant non spécialement prévue par l'édit, mais rentrant dans l'application de la *clausula generalis*; et du reste

parfaitement conforme à la définition donnée de l'*in integrum restitutio.*

La simple énumération des différences qui les séparent suffira grandement pour réfuter cette opinion.

1° L'*in integrum restitutio* est à un double point de vue une voie de recours extraordinaire, car, en principe, le prêteur seul connait de l'affaire, *cognitio extraordinaria* et ensuite, on ne peut y recourir quand un autre moyen de droit est ouvert ; or, l'action restitutoire est sans *causæ cognitio*, et, de plus, elle concourt avec d'autres moyens de droit.

La première porte le nom de secours extraordinaire ; la seconde est appelée par Gaïus un secours de droit commun (L. 12, D. IV, 4).

2° La *restitutio in integrum* s'obtient du préteur qui peut la refuser ; elle doit être prononcée dans un certain délai, d'abord une année utile, puis sous Justinien, quatre années continues.

L'action restitutoire appartient au créancier dès que l'intercession s'est produite, et elle est perpétuelle (Loi 10, D.).

Enfin il n'y est nullement fait allusion dans le titre de l'*in integrum restitutio.*

Dans quels cas est-elle donnée ?

Avant tout, il faut, pour qu'elle puisse être donnée, que le débiteur ait été libéré, mais aussi que l'intercession de la femme soit de celles défendues, autrement si la femme

était valablement obligée, la libération du débiteur serait définitive.

Si l'intercession n'avait eu lieu que sous forme d'engagement accessoire, le créancier perdrait son recours subsidiaire contre la femme, et garderait son action primitive contre le débiteur principal. C'est ce qu'on exprime en disant qu'il y a lieu à restitution d'action quand l'intercession a été privative et non pas quand elle a été cumulative.

Il ne faut pas subordonner la restitution d'action à la bonne foi du créancier ; en effet dans ce cas il n'y aurait jamais lieu à restitution puisque alors le sénatus-consulte ne peut pas être opposé par la femme.

Si le créancier a fait acceptilation à la femme, ou s'il est devenu son héritier, il y a, malgré tout, lieu à restitution d'action, car, dans le premier cas, il a fait remise d'une dette qui n'existait pas, et, dans le second, il a succédé à une femme qui n'était pas obligée (L. 8 § 9 et 8 § 12).

Il y a des cas où il n'y a pas restitution d'action, il semble qu'il y ait exception à la règle, mais il est facile de voir qu'il n'y a qu'application des principes. Ce sont par exemple :

1° Lorsque la femme, qui a intercédé, était obligée, se trouvant dans ces cas d'exception du sénatus-consulte.

2° Lorsque la femme pouvant se prévaloir du sénatus-consulte a payé en connaissance de cause, elle ne peut plus répéter. Il n'est pas besoin de l'action restitutoire.

3° Quand toute voie de poursuites contre le débiteur n'est pas fermée. C'est encore un cas où la restitution d'action serait inutile (Loi 8, § 8, D.). Primus, débiteur de Secundus, se fait promettre par ce dernier de le libérer s'il lui fournit un *expromissor*; Secundus fait acceptilation et reçoit, comme nouveau débiteur, une femme. Mais par là, Primus ne remplit pas sa promesse, parce que fournir un *expromissor* incapable, c'est comme s'il n'en donnait point. Secundus aura donc contre lui la *condictio ob rem dati, re non secuta*, qui rendra inutile l'action restitutoire.

4° La restitution d'action n'aura pas lieu dans le cas où l'action principale étant perdue, les sûretés réelles, gage ou hypothèque, subsistent. Le créancier aura donc encore l'action quasi-servienne ou hypothécaire qui n'est pas éteinte parce qu'elle a une existence propre, subordonnée à la condition que le créancier soit payé ou satisfait, or il ne l'est pas, puisque l'intercession de la femme est nulle (L. 13 § 1).

5° Quand l'action primitive ne serait au créancier d'aucune utilité, en raison de la qualité de la personne contre qui elle serait donnée. La loi 8 § 15 en fournit plusieurs exemples. Si la femme intercède pour un pupille non autorisé par son tuteur, et pour qui l'intercession n'a pas été cause d'enrichissement ; pour un mineur de vingt-cinq ans, s'il peut invoquer l'*in integrum restitutio* ; pour un fils de famille obligé contrairement au sénatus-consulte Macédonien.

A qui l'action est restituée?

L'action restitutoire appartient à tous les créanciers qui souffrent préjudice de la part de la femme intercédante, à tous ceux auxquels elle peut opposer l'exception Velléienne, c'est-à-dire le créancier et ses héritiers.

S'il y a plusieurs créanciers solidaires et qu'une femme se soit portée *expromissor* vis-à-vis d'un seul d'entre eux, l'action n'est restituée qu'à celui auprès duquel la femme est intervenue (Loi 8, § 11, D.), mais l'action sera restituée contre tous ceux qui étaient d'abord engagés.

Il ne faut pas chercher à expliquer ce résultat, en faisant prendre parti à Ulpien dans la grande controverse sur la question de savoir si l'un des *rei stipulandi* avait ou non le droit de nover l'obligation corréale. Nous sommes ici en présence d'un autre ordre d'idées. L'action restitutoire est donnée à celui-là seul auprès duquel la femme a intercédé, parce que l'autre créancier corréal ne souffre pas de l'intercession. Même dans l'opinion de ceux qui admettent que l'un des *correi stipulandi* peut nover l'obligation, son *correus* supporte les conséquences de cette novation ; mais ce préjudice provenant de la novation et non de l'intercession, ce *correus* ne peut pas avoir l'action restitutoire.

Contre qui est-elle donnée ?

Pour que le créancier soit rétabli dans sa position primitive, il faut que l'action restitutoire lui soit donnée contre tous ceux qui ont été libérés (L. 8, § 11).

1° L'ancien débiteur ou débiteur principal.

2° Les héritiers et autres successeurs.

3° Les fidéjusseurs de ce débiteur ; il serait erroné de dire aussi contre les tiers détenteurs des objets mis en gage ou hypothéqués, car ils peuvent être poursuivis directement par l'action hypothécaire qui survit, ainsi que nous l'avons déjà vu.

4° Les *correi promittendi*, même si la femme n'a intercédé que pour l'un d'entre eux ; car la libération d'un seul les libère tous, et ils se trouvent ainsi dans les conditions voulues pour que l'action soit restituée contre eux.

5° La femme elle-même si elle est devenue héritière du débiteur principal, primitif (L. 8, § 13). Le créancier pourra même, dit Ulpien, poursuivre la femme, non pas seulement par l'action restitutoire utile, mais encore par l'action directe née de l'obligation qu'elle a contractée. Comment l'acceptation d'une succession peut-elle valider ainsi une obligation inutile jusque-là ? Par une voie détournée, car qu'importe à la femme d'être poursuivie par l'une ou l'autre action.

6° Le maître de l'esclave ou le père de celui pour qui la femme a intercédé, dans l'hypothèse où ils eussent pu auparavant être poursuivis (L. 9, L. 32, § 5, D.).

Le créancier peut agir contre le débiteur dès qu'il sait que l'obligation de la femme est une intercession prohibée (L. 24, § 2). Il peut agir même avant l'arrivée de la condition ou du terme (L. 13, § 2). Si le créancier attendait que la femme voulût bien ou non opposer le sénatus-consulte, il pourrait rencontrer plus tard un débiteur insolvable et cela au profit de personne.

Pour la durée de l'action restitutoire, elle ne dure pas un an, d'abord, puis quatre ans sous Justinien, comme l'*in integrum restitutio*. Comme le but de cette action restitutoire est de replacer le créancier dans sa situation primitive, sa durée peut être perpétuelle, mais elle ne l'est pas nécessairement, comme on serait tenté de le croire d'après la loi 10, D. Elle est en un mot de la même durée que l'action primitive. La loi 24, § 3 est formelle.

Autour de cette loi, il s'est élevé une controverse sur la question de savoir s'il y a ou non suspension de prescription entre l'intercession et le moment de la restitution.

La solution dépend de la traduction de ce texte : « *Si pro eo, qui temporali actione teneretur, mulier intercesserit, temporalis actio restituetur, sic tamen, ut ex præcedenti causa, continua tempora numerarentur post restitutionem, quamvis statim, atque intercessit mulier, competierat* » (Loi 24, § 3, D.).

Pothier et Cujas corrigeant « *quamvis* », par « *quia* » disaient : « Le temps de l'action restitutoire doit courir du jour où l'obligation a été contractée avec l'ancien débiteur, parce que jamais le créancier n'a été empêché d'agir contre lui. » Ils ajoutaient que ce n'était pas rendre au créancier sa situation primitive que de lui en donner une meilleure.

Mais il nous semble que cette interpolation n'est pas justifiée et qu'il faut ainsi traduire, mettant en relief les mots *sic tamen* qui expliquent la pensée de Paul : « L'action restitutoire est temporaire, de telle sorte cependant que le temps qui a commencé à courir dès l'intercession ou

avant, ne continue qu'après la restitution. » Il y a donc interruption de prescription, et c'est juste pour protéger le créancier de bonne foi qui a pu ne s'apercevoir de son erreur que le jour où la femme lui opposera son exception.

Lorsque la femme s'est obligée à la place d'un tiers qui n'a jamais été engagé, par une *mutui datio*, c'est-à-dire une intercession déguisée, il ne peut être question de restitution d'action. Ulpien (L. 8, § 14) nous dit qu'on donnera au créancier contre le débiteur l'action des contrats faits par la femme, l'action *ex stipulatu*, si elle s'est obligée par stipulation. Ici il y a donc non restitution, mais institution d'action ; c'est pourquoi on l'appelle l'action institutoire. Ici se manifeste le plus évidemment le motif de protection pour la femme. Cette action est utile, la même qui eût été donnée contre la femme ; à ce point que les sûretés fournies à la femme par le débiteur passeraient au créancier avec l'action institutoire ; mais dans ce cas, l'action hypothécaire a également la forme utile.

CHAPITRE IV

INNOVATIONS DE JUSTINIEN

Dans ses réformes, Justinien suivit la transformation des idées que l'on se fit dans le monde romain sur la femme. Les modifications apportées au sénatus-consulte Velléien furent à la fois la suite des mesures déjà prises pour assurer à la femme la conservation de sa dot, et les conséquences des idées d'égalité et d'honneur répandues dans l'humanité par le christianisme. Aussi voyons-nous le sénatus-consulte Velléien abrogé, en partie, puisque désormais la femme peut intercéder pour tout étranger pourvu qu'elle remplisse les conditions exigées, et d'autre part, par une transformation de son incapacité, voyons-nous ce même sénatus-consulte aggravant ses dispositions rigoureuses pour la femme, mais seulement quand elle s'oblige pour son mari.

En un mot, disons avec M. Gide : « Autrefois la femme ne pouvait intercéder pour personne, maintenant, (sous Justinien) elle peut, du moins, avec certaines formes, intercéder pour tout le monde, excepté pour son mari. Désormais son incapacité ne tient plus à son sexe, mais à sa position de femme mariée. »

§ 1. — *Intercession au profit d'un étranger.*

Ce n'est plus la faiblesse, l'incapacité de la femme que l'on veut protéger, maintenant on veut s'assurer si son attention a été suffisamment fixée, aussi exige-t-on de sa part une volonté clairement manifestée par la considération de la cause de l'obligation, soit par les faits qui témoignent de son action sérieusement réfléchie.

Ainsi : 1° la mère ou l'aïeule peut désormais obtenir la tutelle de ses descendants, si elle ne se remarie pas et si elle s'engage à ne pas se prévaloir du sénatus-consulte Velléien (novelle 118) ;

2° Quand la femme intercède *pro libertate* (loi 24, Code), c'est-à-dire, quand elle s'oblige soit principalement soit comme caution pour que le maître d'un esclave lui donne la liberté, dans ce cas, le sénatus-consulte ne s'applique pas.

3° Il en est de même si elle intercède *pro dote*, mais à la condition qu'elle ait vingt-cinq ans, et dans ce cas, elle peut s'obliger à constituer une dot ou à en garantir la constitution soit à sa fille, soit à tout autre. Ici Justinien ne fait que généraliser un rescrit des empereurs Valérien et Gallien.

Ce sont, en quelque sorte, des exceptions apportées aux exceptions déjà existantes.

Voilà maintenant de véritables réformes : les cas où

Justinien valide l'intercession de la femme quand son intention est manifestée par un fait probant.

1° La femme, après avoir intercédé une première fois, renouvelle après deux ans son intercession (loi 22, C.). Cette persistance démontre l'intention formellement arrêtée de la femme, et fait présumer qu'il y va de son intérêt.

2° Avant Justinien, et nous l'avons déjà vu, il n'y avait pas d'intercession prohibée quand la femme, moyennant un prix, s'obligeait pour autrui. On discutait sur la quotité de ce prix et sur l'époque du versement. Justinien dans la loi 23, pr. au Code tranche toute controverse en décidant qu'il suffira que la femme ait reçu quelque chose pour qu'elle soit obligée ; que même, ayant reçu ou non, il suffira qu'elle le déclare par acte rédigé publiquement et signé par trois témoins. Cette déclaration équivaudra à une présomption légale, sans preuve contraire.

3° D'après la loi 23 § 2 Code, la femme ne peut désormais s'obliger pour autrui, que sous la condition de constater son intercession dans un acte public, signé de trois témoins. A défaut de ces formalités, l'opération est nulle *ipso jure,* comme si la femme n'avait rien fait.

« Ainsi, comme dit Accarias, la prohibition subsiste mais on l'élude par un mensonge officiel. » On peut tirer argument de ces dispositions pour dire que sous Justinien, la femme ne peut pas davantage renoncer purement et simplement dès le moment de l'obligation, à la protection du sénatus-consulte, car Justinien cite limitativement les cas

où elle est présumée renoncer, avec l'exception de la Novelle 118.

Il y a grande controverse sur la portée et sur l'application de l'innovation de Justinien.

Premier système. — Dans cette opinion qui remonte au XII^e^ siècle et qui a été soutenue par le glossateur Bulgarus, on prétend que Justinien n'aurait eu pour but que de remplacer la nullité *exceptionis ope*, par la nullité *ipso jure* ; que, sans acte public, la femme est considérée comme n'ayant rien fait, mais qu'avec cette formalité, elle est efficacement obligée et qu'elle peut alors invoquer le secours du sénatus-consulte Velléien. En un mot, l'application du Velléien est subordonnée à la confection d'un acte public, qui n'est pas nécessaire cependant dans les cas exceptionnels où la femme n'aurait pu opposer à l'action du créancier l'exception du sénatus-consulte.

Cette opinion ne peut se soutenir, car elle ne trouve pas de base dans la loi 23 § 2 au Code, elle est en contradiction avec ses dispositions ; cette loi dit que toute la théorie ancienne, règle et exceptions, ne trouvera son application que si les formes prescrites ont été observées, sinon tout sera nul. Il n'y est pas fait de distinction entre les cas d'exception ou non.

Enfin, cette opinion est encore en contradiction avec l'ensemble et l'esprit des réformes de Justinien, en prétendant qu'il a voulu renforcer la défense du sénatus-consulte, par la nécessité d'un acte public comme condition de l'exercice du Velléien, quand autrefois le femme pouvait intercé-

der sous n'importe quelle forme, avec le droit au secours du sénatus-consulte.

Le deuxième système soutenu par le glossateur Martinus, datant à peu près de la même époque, a été repris de nos jours en Allemagne, par M. de Vangerow.

Pour que la femme fasse intercession, la formalité prescrite par Justinien est nécessaire même pour des cas où autrefois son intercession eût été valable. A défaut d'acte public, cette intercession autrefois efficace est désormais absolument nulle.

Il faut en excepter, d'après l'avis commun, les cas de la loi 23 pr. Cod., où la femme a reçu quelque chose pour intercéder ; et d'après plusieurs partisans de cette opinion les cas où la femme intercède *pro dote*, *pro libertate*, car ils sont contenus dans des dispositions postérieures à la loi 23.

Ces deux cas ne doivent pas être exceptés, a-t-on répondu, car ce sont des exceptions et nous avons dit que toute la théorie du sénatus-consulte, règles et exceptions, ne s'appliquait que si la formalité de l'acte public a été remplie.

Le troisième système, imaginé par M. Valett, en Allemagne, et adopté par M. Gide s'appuie sur l'esprit des réformes de Justinien pour dire que lorsque la femme a rempli les formalités prescrites, elle est efficacement obligée dans tous les cas, sans pouvoir opposer le bénéfice du sénatus-consulte et si elle ne les a pas remplies, tout est

nul, elle n'a donc pas non plus à opposer le sénatus-consulte pour se dégager.

Il nous semble que le texte de la loi 23 § 2 est plus en faveur de cette opinion, que nous préférons comme plus conforme à la fois au texte et à l'esprit des réformes de Justinien, qui a voulu, non augmenter les rigueurs du sénatus-consulte, mais au contraire les atténuer en faveur des femmes, en les couvrant seulement de sa protection quand elles ne manifesteront pas clairement leur intention par un acte public. Nous avons constaté les contradictions de la première opinion.

Les partisans de la deuxième opinion sont obligés d'apporter des exceptions à leur système ; les uns exceptent seulement la loi 23 pr., les autres les lois 24 et 25. Nous l'avons déjà dit, comment ne pas admettre la validité de l'intercession quand elle est constatée par acte public, et s'en remettre à la déclaration de la femme faite en la même forme, quand elle a reçu quelque chose ?

Quelle bizarrerie offriraient les réformes de Justinien si elles avaient pour but d'adoucir la portée du Velléien en la restreignant dans les lois 22, 24 et 25 et qu'au contraire elles l'aggraveraient dans la loi 23 !

§ 2. — *Intercession de la femme pour son mari.*

Avant Auguste, la femme soumise à la puissance de son père, de son mari, ou de ses agnats, ne pouvait s'obli-

ger pour personne. A mesure que ces puissances disparurent, elle put s'obliger. Mais sous Auguste et Claude il fut rendu des édits qui défendirent aux femmes de s'obliger pour leur mari ; elles pouvaient alors intercéder pour autrui, cette situation ne dura que jusqu'au sénatus-consulte Velléien qui défendit à la femme toute intercession pour son mari ou pour un tiers. Il y eut cependant des auteurs qui soutinrent, mais à tort, selon nous, que les édits de Claude et d'Auguste n'avaient pas été abrogés par le Velléien et qu'il y avait ainsi, concurremment avec le sénatus-consulte Velléien, un droit spécial concernant l'intercession des femmes pour leur mari. Le silence du Digeste et le texte d'Ulpien qui ne mentionne ces édits qu'à un point de vue historique, nous prouvent ce que nous avançons.

Tandis que Justinien renverse en partie le système Velléien, il maintient en l'aggravant la défense pour les femmes d'intercéder pour leur mari. Nous trouvons là le complément des institutions de Justinien destinées à protéger la dot de la femme.

Cette disposition de Justinien se trouve contenue dans la novelle 134, ch. VIII, reproduite au Code sous la loi 22, *ad S. C. Velleianum*, où elle forme l'authentique *si qua mulier*.

Cette loi défend à la femme de s'obliger pour son mari, et la sanction est la nullité complète de l'obligation, quand même elle serait renouvelée plusieurs fois et constatée par acte public, signé de trois témoins. Elle n'admet qu'une

seule exception quand il est démontré manifestement que l'obligation a tourné au profit de la femme.

Quels sont les cas d'application de cette novelle?

En n'admettant qu'une seule exception, celle où l'argent a été employé dans l'intérêt de la femme, Justinien exclut par là, non-seulement les intercessions prohibées par le sénatus-consulte, mais encore toutes celles qui ne tombaient pas sous sa prohibition ; aussi l'intercession, contractée par la femme *animo donandi*, serait frappée de nullité par suite de cette novelle, tandis qu'autrefois il y avait bien une nullité détruisant les libéralités entre époux, mais, du moins, pouvait-elle disparaître si le conjoint persévérait jusqu'à sa mort.

La novelle s'applique encore dans les cas exceptionnels où le sénatus-consulte Velléien aurait été inapplicable. Les termes de la loi sont formels.

Peu importe que la femme renouvelle, confirme, ratifie son intercession ; peu importe encore qu'elle renonce d'avance à invoquer la novelle, tout est nul d'une nullité absolue.

Ici se présente une question controversée. Quand la femme s'oblige conjointement ou solidairement avec son mari, par exemple, elle a contracté un emprunt, cette obligation est-elle nulle par application de la novelle, tant qu'il n'est point prouvé qu'elle a tourné à son profit?

On a prétendu qu'elle était valable, et que la femme ne la ferait déclarer nulle qu'à la condition de cette double

preuve : 1° que l'emprunt a été fait dans l'intérêt exclusif du mari ; 2° que le créancier était de mauvaise foi.

Nous pensons qu'il en doit être autrement : que la Novelle s'applique, c'est-à-dire, que l'obligation de la femme est nulle à moins que le créancier ne prouve qu'elle était contractée dans l'intérêt de la femme. En effet la règle formelle, l'engagement est toujuurs nul, sauf une exception. C'est donc au créancier à démontrer qu'on est dans le cas exceptionnel. Alors dans ce cas, on sera en dehors de l'application de la Novelle.

Exemple : la femme contracte un emprunt conjointement avec son mari, la moitié de la somme empruntée doit être employée dans son intérêt.

CHAPITRE V

DESTINÉES DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

Les juristes de l'ancien droit et entre autres Jean Papon, disaient en parlant du sénatus-consulte Velléien : « Cette loi a paru si bien inventée qu'elle a été reçue partout et de toutes les nations. »

En effet elle fut accueillie dans toutes les provinces de France avec la faveur que méritait une institution si protectrice des intérêts de la femme. « Si l'on en croyait, dit M. Gide, les recueils officiels et traités théoriques de cette époque, tels que la Bréviaire d'Alaric, le Papien, les *exceptiones petri*, le droit romain se serait conservé jusqu'au XI^e^ siècle, tel qu'il était lors de la chute de l'Empire. » Mais si les pays de droit coutumier comme ceux de droit écrit admirent le sénatus-consulte Velléien, ils étaient loin de l'appliquer de la même manière.

En Normandie, l'application était rigoureuse, plus étendue même qu'à Rome, dit un jurisconsulte de l'époque. La femme ne pouvait pas renoncer à son exception, et la nullité de son intercession était si complète qu'il n'était pas

nécessaire de recourir aux lettres de rescision, bien que cela fût obligatoire quand la nullité d'une opération n'était prononcée que par la loi romaine. Il en était différemment sur ce point dans les autres provinces et dans la jurisprudence des parlements, sauf au parlement de Grenoble.

Mais si ces parlements étaient d'accord pour les lettres de rescision, ils se séparaient sur le délai pendant lequel on pourrait exercer l'action en rescision, sur les personnes pour qui, par exception, la femme pouvait s'obliger, enfin sur la validité de renonciation.

Dans la pratique, il était généralement admis que la femme pût renoncer. On exigeait seulement qu'elle connût bien ce qu'elle faisait. Cette innovation permettant d'éluder la prohibition, ne fut pas reçue sans les protestations de jurisconsultes tels que Faber et Bartole. D'abord, on avait exigé la garantie du serment. On se contenta ensuite d'une renonciation formelle, et bientôt, sauf dans l'Auvergne, le Languedoc et la Normandie qui appliquaient rigoureusement les règles du sénatus-consulte, les clauses de renonciation devinrent partout des clauses de style, rendant inutile la prohibition velléienne. Les notaires devaient, il est vrai, expliquer à la femme les priviléges qu'elle avait le droit de posséder, mais cette disposition était rendue vaine par l'ignorance et la désuétude.

De nombreux procès surgirent de toutes parts et Henri IV par un édit de 1606 « défendit à tous notaires et tabellions du royaume, sous peine de suspension et d'amende arbitraire, d'insérer dans leurs contrats aucunes renoncia-

tions au Velléien et aux autres privilèges du sexe, et ordonna que les contrats souscrits par les femmes eussent même effet, force et vertu, que si toutes ces renonciations y eussent été bien et dûment spécifiées. »

C'était l'abrogation légale du sénatus-consulte Velléien. Bien accueilli par les uns, cet édit fut énergiquement repoussé par les autres et nombre de parlements refusèrent de l'enregistrer : il ne fut guère accepté que par les provinces du centre de la France.

L'édit de 1606 eut pour but, avons-nous dit, d'abroger la formalité de la renonciation. Aussi, à cause de l'intime relation existant entre le sénatus-consulte Velléien et la loi Julia, on se demanda si l'édit de 1606 n'avait pas en même temps abrogé la loi Julia : les arrêts des parlements décidèrent la négative. Louis XIV décida cependant par une déclaration du 21 avril 1664 que la loi Julia serait abrogée, mais seulement pour les pays de Lyonnais, Mâconnais, Beaujolais et Forez.

Telle fut la situation du Velléien dans notre ancienne législation, jusqu'au jour où le Code Napoléon vint donner à la France une loi unique. Le sénatus-consulte Velléien a désormais complètement disparu dans notre législation, et la femme mariée peut, en principe, aussi bien s'obliger pour son mari et pour autrui que pour elle-même ; la loi exige seulement l'autorisation du mari, chef de l'association conjugale. Aujourd'hui, c'est le régime dotal qui remplit le même but que le sénatus-consulte Velléien mais

sans prononcer contre la femme d'incapacité générale ; l'incapacité est limitée à certains biens déterminés.

Le sénatus-consulte Velléien s'est maintenu de nos jours en Allemagne et en Espagne ; il n'a disparu en Italie que depuis le 1er janvier 1866.

DROIT FRANÇAIS

Des effets de la cessation de paiements en matière de faillite.

Art. 446-449.

INTRODUCTION

HISTORIQUE ET GÉNÉRALITÉS DE LA FAILLITE.

La faillite est la constatation judiciaire d'un état préexistant, la cessation des paiements d'un commerçant.

En droit romain, il n'y avait pas de précautions spéciales prise pour les commerçants débiteurs. Les créanciers n'avaient que les mesures d'exécution sur les biens du débiteur, communes à tous les créanciers et qui garantissaient entre eux l'égalité : la *missio in possessionem* et la *venditio bonorum*.

Dans l'ancien droit, les saisies avaient un caractère purement individuel et jusqu'au code de commerce (1808)

il n'y eut pas de législation spéciale pour les commerçants. Nous ne rencontrons que des édits épars, des ordonnances assez rares sur les banqueroutes, la cession de biens, les lettres de répit ; toutes règles qui, du reste, étaient applicables aussi bien aux débiteurs civils qu'aux commerçants.

C'est dans les lois commerciales de l'Italie que nous trouvons les principes qui sont le fondement du droit actuel.

Sous Henri IV parut un édit, en 1609, portant que certains actes faits en faveur de certaines personnes seraient déclarés nuls en cas de faillite : « Sont déclarés nuls, « disait-il, tous transports, cessions, venditions, et dona- « tions de biens, meubles ou immeubles faits aux enfants, « héritiers ou autres de leurs amis ; voulons les cession- « naires, donataires et acquéreurs être punis comme com- « plices desdites fraudes et banqueroutes. »

Un règlement homologué par arrêt du conseil, le 7 juillet 1667, et spécial aux commerçants de la ville de Lyon, portait que « Toutes cessions et transports sur les « effets du failli seront nuls, s'ils ne sont faits dix jours « au moins avant la faillite publiquement connue. » C'est là l'origine du délai de dix jours précédant la cessation des paiements. Pendant cette période il y avait des présomptions de fraude pour tous les actes.

L'ordonnance de 1673 disait dans son article 4 : « Dé- « clarons nuls tous transports, cessions, ventes et dona- « tions de biens, meubles ou immeubles, faits en fraud

« des créanciers. Voulons qu'ils soient rapportés à la masse « commune des effets. »

Ces termes sont équivoques et l'on peut se demander s'ils sont la simple application du droit commun qui demande que la fraude soit prouvée, ou bien si, au contraire, ils édictent une nullité de plein droit.

Quoi qu'il en soit, une déclaration du 18 novembre 1802 vint faire cesser toute incertitude à ce sujet et généralisa, en s'appliquant à toute la France le règlement fait pour le commerce Lyonnais. Les nullités s'opèrent de plein droit, elles remontent aux dix jours précédant la faillite publiquement connue, et elles ont trait non plus seulement, comme autrefois, aux transports et cessions, mais encore aux constitutions d'hypothèques.

Les rédacteurs du Code de commerce (1808) ont reproduit le système des nullités de plein droit, mais avec plusieurs innovations.

D'abord ils distinguent parmi les actes du failli ceux à titre gratuit, frappés d'une nullité radicale (444) et ceux à titre onéreux, frappés d'une nullité relative et subordonnée à la preuve de la fraude. De plus, ce même article 444 consacre un principe déjà admis par la doctrine et la jurisprudence et conforme à la nature de choses, principe déclarant que ces nullités n'existent qu'à l'égard de la masse, invocables par elle seulement, et non à l'égard du failli qui ne saurait s'en prévaloir.

Enfin, et c'est encore une disposition du Code de 1808, le point de départ de ces nullités, c'est, non plus comme

dans la déclaration de 1702, la notoriété de la faillite, mais l'ouverture de la faillite ; il est vrai que, comme le fait remarquer Bravard, cette ouverture était fixée par des indices matériels (441) tels que la disparition du débiteur, la clôture des magasins, le refus de paiements.

Mais ce Code de 1808 avait des lacunes et des inconvénients graves et demandait sur ce point une révision qu'apporta, du moins, en partie, la loi de 1838.

Ainsi l'ancien article 444 ne parlait que des aliénations de propriétés immobilières et non pas des donations d'objets mobiliers. L'ancien article 443 ne parlait pas de la constitution d'antichrèse. Quant aux hypothèques, elles étaient annulées dans l'article 443 et dans l'article 445 la créance qu'elles avaient pour but de garantir pouvait être valable s'il n'y avait pas de fraude.

Les rédacteurs du Code de 1808 n'avaient pas distingué le dessaisissement de la cessation de paiements. Aussi dès ce moment constaté par les indices de l'article 441, tous les actes du débiteur failli étaient-ils nuls, qu'il fût, lui ou les tiers, de bonne ou de mauvaise foi. Aussi les articles 441 et suivants ne parlaient-ils que des dix jours qui précédaient la faillite. Là se trouve un des abus les plus grands de ce code. Le dessaisissement était ainsi fixé par le jugement déclaratif de la faillite à une époque où, en réalité, il n'existait pas. Il en résultait que les nullités de plein droit comprenaient des actes qui n'auraient pas dû y être soumis, et qu'il n'y avait pas d'exception pour les

actes accomplis par le débiteur dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite.

D'après la loi de 1838 le dessaisissement n'a lieu qu'à partir du jour du jugement déclaratif de faillite et des distinctions ont été faites dans l'application des nullités aux divers actes faits depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents.

Désormais le mot ouverture de la faillite est remplacé par celui de cessation de paiements et pour en déterminer l'époque il n'y a plus d'indice matériel comme en exigeait l'article 441, les juges ont un pouvoir souverain d'appréciation.

C'est un jugement qui fixera cette époque, soit le jugement déclaratif de faillite lui-même, qui pourra aussi ne la fixer que provisoirement, soit son jugement postérieur, rendu sur le rapport du juge-commissaire, qui la fixera définitivement. Si aucune fixation n'était faite, elle aurait lieu de plein droit au jour du jugement déclaratif, à moins qu'il ne s'agisse d'un commerçant décédé, auquel cas elle aurait lieu au jour du décès.

La fixation de cette époque est d'une grande importance. Car alors le commerçant se voyant menacé d'une crise financière emploiera presque fatalement les moyens suivants pour s'y soustraire : l'appel au crédit, la création d'effets de complaisance, la réalisation à tout prix de son actif, les paiements de certains créanciers aux dépens des autres, soit parce qu'ils sont sur les lieux, soit parce qu'ils sont trop exigents et pour acheter leur silence. Aussi en ajou-

tant à ces motifs déjà puissants ceux qui suivent, nous comprenons facilement pourquoi l'époque de la cessation des paiements est suspecte à juste titre et comment le législateur a édicté les nullités des articles 446-449 au lieu de s'en tenir au simple droit commun. En effet, en matière civile, chaque créancier veille lui-même à ses intérêts, il se fait donner des sûretés, il exerce l'action paulienne de l'article 1167 en prouvant la fraude ; mais en matière commerciale, la nature des transactions, la rapidité des opérations, la nécessité du crédit, les exigences de la concurrence s'opposent à cette liberté d'allures des créanciers civils. Comment un créancier commerçant souvent éloigné de son débiteur, pourrait-il arriver à établir la fraude de son acte ? il en résulterait ainsi une multitude de procès qui seraient autant d'entraves à la marche des affaires.

Toutes ces considérations ont fait édicter le régime spécial de la faillite dans lequel le jugement a un effet *erga omnes* et qui prend des mesures pour assurer entre les créanciers l'égalité la plus rigoureuse. Aussi voyons-nous quels nombreux effets le jugement déclaratif opère dans l'avenir et que le principal est le dessaisissement (Art. 443-445).

Nous avons à étudier ici les effets du jugement déclaratif de la faillite dans le passé, c'est-à-dire les effets de la cessation des paiements ou les nullités des articles 446-449, qui ont aussi pour but d'établir entre les créanciers une égalité que le débiteur, à la veille de sa faillite, aurait pu troubler, ainsi que nous l'expliquions à l'instant.

Les actes qui tombent sous le coup de ces dispositions de la loi peuvent se ranger en trois groupes que nous étudierons dans trois chapitres différents :

1° Les actes nuls de plein droit (art. 446) lorsqu'ils ont été faits depuis l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents ;

2° Les actes que les juges peuvent annuler quand les tiers qui ont été parties ont connu l'état de cessation des paiements (447 et 449) ; il ne s'agit donc pas ici des dix jours qui ont précédé ;

3° Les actes frappés d'une nullité facultative, même s'ils sont faits dans les dix jours qui ont précédé la cessation de paiements, et qui sont les inscriptions de privilèges ou d'hypothèques prises tardivement.

Dans des appendices, nous examinerons toutes les questions qui se rattachent à notre sujet, sans cependant rentrer dans cette classification.

CHAPITRE PREMIER

DES ACTES NULS DE PLEIN DROIT

(Art. 446).

La nullité, dont il s'agit ici est de droit, elle s'impose aux juges, comme la suite d'une présomption n'admettant pas la preuve contraire, mais cette nullité n'est pas absolue, elle est relative seulement à la masse. L'article 446 est formel en ce sens, et du reste, on s'accorde généralement à appliquer cette observation aux autres nullités des articles 447 et 448.

Ces nullités ne profitent donc nullement au failli, il ne pourrait poursuivre l'exécution de jugements les prononçant, ni, revenu à meilleure fortune, s'en servir pour repousser les actions intentées contre lui en vertu de contrats passés par lui et tombés sous le coup de ces nullités. Nous verrons plus tard la controverse élevée sur le point de savoir si le failli pourrait les invoquer après le concordat.

Ces nullités sont édictées en faveur de la masse et constituent, disent très bien MM. Delamare, Poitevin et Bravard, une sorte de rétroactivité du dessaisissement. Si ces nullités se rapprochent de celles du dessaisissement

en ce qu'elles sont relatives, dans l'intérêt de la masse, elles en diffèrent, car si celles-ci s'appliquent à tous les actes faits par le failli postérieurement au dessaisissement, celles-là ne s'appliquent qu'à ceux des actes antérieurs au jugement déclaratif de la faillite énumérés dans l'article 446. Peu importe que les tiers aient connu ou non la cessation des paiements et que ces actes aient été accomplis même dans les dix jours qui précèdent cette époque ou jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite. C'est là ce qu'on appelle la période douteuse, suspecte. Durant cette période, les nullités sont plus rigoureuses, c'est-à-dire plus faciles à obtenir qu'en vertu de l'action Paulienne du droit commun ; mais, du reste, on peut encore, dans cette période, invoquer l'article 1167. Ainsi des actes autres que ceux compris dans l'article 446, par exemple : le paiement de dettes échues fait en espèces ou effets de commerce dans les dix jours. Ces actes ne tombent pas sous le coup de l'article 446 et 447, alors on peut exercer l'action Paulienne.

Passons à l'énumération des actes compris dans l'article 446.

§ 1. — *Tous actes à titre gratuit.*

Ce sont les actes les plus suspects ; l'article 446 frappe les actes qui lui paraissent entachés de libéralité, et émet, à cet égard, une présomption absolue pour ceux qu'il

énumère. Ceux-ci le sont par nature. Mais la loi ne parle dans son texte, que des actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit, c'est-à-dire, des donations proprement dites ; mais tous les auteurs s'accordent à étendre ces termes à tous autres actes à titre gratuit qui ne comportent pas d'aliénation, ainsi la remise de dette, la renonciation, constitution ou extinction de servitudes, d'usufruit ou d'hypothèque. L'article 447 autorise cette convention, par ses termes, opposés à ceux de l'article 446 : Et tous autres actes à titre onéreux. Il a été jugé que la nullité frapperait une remise partielle d'une dette faite pour obtenir le paiement de ce qui restait (req. 6 août 1867, D. P. 68, 1, 86).

Il ne s'agit pas ici des legs ni des dispositions testamentaires, car les créanciers du failli devront toujours être payés avant l'exécution de ces disposisions, *nemo liberalis nisi liberatus*...

Si une donation a été offerte avant la période douteuse, mais acceptée seulement dans les dix jours, elle tombe sur le coup de l'article 446, car la donation n'existe que du jour de l'acceptation, si cette acceptation est notifiée le jour même. Si au contraire cette donation offerte et acceptée avant la période douteuse n'a été notifiée pour son acceptation que dans les dix jours, elle sera encore soumise à l'application de l'article 446, car, d'après l'article 932 du Code civil, « la donation n'aura d'effet à l'égard « du donateur que du jour où l'acte qui constatera cette « acceptation lui aura été notifié. »

Si maintenant une donation parfaite avant la période douteuse, n'est transcrite que dans les dix jours, ou depuis; elle est valable cependant, car la transcription n'est pas essentielle à son existence, elle n'est utile qu'à l'encontre des tiers, qui, du reste, n'ont aucun droit dérivant de la faillite dans les dix jours, mais n'en ont seulement qu'à partir du jugement déclaratif qui, dessaisissant le failli, opère le nantissement de la masse et donne aux créanciers un droit sur l'objet dont nous parlons.

Une question très importante et controversée s'élève à propos des constitutions de dot. Les donations faites en faveur du mariage, par contrat de mariage, sont-elles des actes à titre gratuit soumis à l'article 446, ou des actes à titre onéreux soumis à l'article 447 ? D'une part, ils semblent être à titre gratuit, car ils sont sujets à rapport et à réduction (843, 920, 1090, C. civil), révocables pour cause de survenance d'enfants (960). D'autre part, ils paraissent être des actes à titre onéreux, car ils produisent intérêts du jour du mariage, emportent l'obligation de garantie (1440, 1547 et 1548, C. civil) et enfin sont destinés à subvenir aux charges du mariage.

La même question est soulevée en droit civil à propos de l'article 1167 et elle donne lieu à trois systèmes.

La Cour de cassation (req. 25 fév. 1845 D. P. 45, I, 174, et quelques auteurs admettent que la constitution de dot est un acte onéreux pour l'époux donataire et pour son conjoint, et par conséquent rentrant dans l'application de l'article 447.

Mais il nous semble, comme à MM. Bravard, Bédarride, Dalloz et Demangeat, ce dernier avec une distinction pour l'article 1167, qu'ici « ces sortes de donations rentrent « dans les termes de l'article 446, sont comprises dans « ces mots » tous actes « qui sont très généraux et ne « distinguent pas entre les actes qui sont purement à titre « gratuit et ceux qui offrent un mélange. » A l'égard des créanciers, en effet que le donataire ait des charges ou non, peu importe ; elles diminuent leur gage comme toutes les autres donations. La jurisprudence contraire est dangereuse, car elle donne lieu à des fraudes fréquentes par la difficulté de prouver la mauvaise foi du fils ou de la fille donataire ou de tout autre donataire. Ce serait, comme dit M. Bravard (T. V, p. 218), réduire l'article 446 à l'état de lettre morte, car les donations que fait un commerçant c'est généralement en vue du mariage de ses enfants ou de ses proches. Il est donc difficile de supposer, dit encore M. Bravard, que les rédacteurs du Code de commerce et les auteurs de la loi de 1838 n'aient pas compris dans les termes si généraux de leur disposition, les donations contractuelles, qui sont à peu près les seules auxquelles cette disposition puisse s'appliquer. La nullité est opposée de droit aux tiers.

Un arrêt de la Cour de Caen est dans ce sens (7 mars 1878, D. P, 70, 2, 97).

§ 2. — *Paiement de dettes non échues.*

Une dette échue, disent MM. Delamare et Poitevin, est celle que le créancier avait le droit d'exiger en justice, ou ce qui revient au même, celle que le débiteur pouvait être forcé de payer le jour où le paiement a été fait et reçu.

Payer une dette non échue, c'est faire une sorte de libéralité, non pas, parce que « qui a terme ne doit rien, » ce qui est faux, mais parce que, payer avant le terme, c'est la renonciation à un bénéfice qui, de la part d'un débiteur qui va cesser ou qui a déjà cessé ses paiements, a lieu d'être singulièrement suspectée : voici un débiteur qui ne peut pas payer ses dettes échues, et qui vient payer celles qui ne le sont pas !

Aussi l'article 446 frappe-t-il d'une nullité de plein droit ces paiements anticipés, et quel que soit le mode employé pour y arriver, la loi veut justement atteindre toute voie détournée.

Ainsi un paiement d'une dette non échue, qui serait fait en vue d'un escompte est nul, car l'article 446 est général et absolu. Il en serait de même d'un acquittement sans visa de bons ou reconnaissances, payables à un certain nombre de jours de vue (ainsi jugé, arrêt d'Orléans, 26 juillet 1859. S. 59, 2, 603).

L'article 446 ne s'appliquerait pas cependant si le paiement effectué se trouvait être la restitution en nature ou en

argent, de marchandises que le failli se serait fait remettre à l'aide d'escroquerie (Lyon 10 juillet 1862, S. 62, 2, 543, 5. « L'article 446, dit l'arrêt cité, suppose une dette née « d'un contrat légitime, et non une escroquerie ensuite » de laquelle il ne se peut agir que d'une restitution tou- « jours exigible. »

Une question se pose, qui est résolue en jurisprudence, mais toujours discutée en doctrine.

Une lettre de change est tirée par Primus sur Secundus, et endossée au profit de Tertius.

Primus a fait la provision avant l'échéance, dans l'époque douteuse, depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, est-ce un paiement de dette non échue ?

D'après MM. Demangeat (T. V, p. 256) et Bédarride, n° 113, c'est un paiement de dette échue.

Examinons les arguments et la distinction de M. Demangeat, nous les réfuterons en même temps.

Premier cas. — Le tiré a accepté avant l'échéance,

a. — Ou bien le tiré a accepté avant la provision, et alors le tireur en fournissant la provision ne fait qu'exécuter son obligation et il y a paiement de dette échue (Boistel). Nous répondons à cette première sous-distinction, que l'acceptation rend, en effet, le tiré créancier du tireur pour le cas où il paierait sans être couvert, mais que cette créance ne se réalisera qu'éventuellement quand la lettre de change sera échue et que le tiré aura payé le porteur. Jusque là le tiré accepteur ne peut forcer le tireur à lui faire un paiement,

donc cette provision est un paiement de dette non échue.

b. — L'envoi de la provision, au contraire, a précédé l'acceptation, suppose encore M. Demangeat, et il ajoute : c'est l'un des éléments constitutifs du contrat onéreux passé entre le tireur et le tiré, donc il n'y a ni paiement de dette non échue, ni dation en paiement. Nous répondons et cette fois presque *a fortiori* : c'est un paiement de dette non échue puisque le tiré n'ayant pas accepté lors de la provision, n'est même pas encore le créancier éventuel du tireur.

Deuxième cas. — Le tiré n'a pas accepté et cependant il a reçu provision. Disons, en passant, qu'il ne pourra se refuser au paiement de la lettre de change, car ce n'est pas à lui à invoquer la nullité de la provision faite pendant la période douteuse.

M. Demangeat dit encore : le porteur ne reçoit rien avant l'échéance et ce qu'il demandera lors de l'échéance, c'est l'objet de son droit, une somme d'argent. Le tireur peut dire : *do ut des*, il y a dette envers le porteur, car s'il n'y a pas eu acceptation, j'ai promis au preneur de faire cette provision pour déterminer le tiré à accepter ou à payer (Boistel). C'est un contrat à titre onéreux.

Répondons enfin, que d'après les principes, la provision est un acte par lequel le tireur dispose, au profit du porteur éventuel, des valeurs qui seront aux mains du tiré à l'époque de l'échéance. C'est une sorte de paiement à terme vis-à-vis de la masse, aussi 446 doit-il s'appliquer dans ce cas.

Ce système est consacré par la jurisprudence : Cass. 17 octobre 1850. S. 51, 1, 114. Cass. 30 mai 1859. S. 59, 1, 748. Cass. 24 janvier 1860. S. 60, 1, 789.

La loi du 23 mai 1863 sur le gage est venue apporter un appui nouveau à ce système en détruisant une objection que l'on faisait à un arrêt de la Cour de Nîmes (6 févr. 1862), qui, se conformant à la Cour de cassation, assimilait la remise d'une provision au paiement d'une dette non échue, ou sinon, la faisait tomber sous le coup de l'article 446 *in fine*, comme constituant un droit de nantissement pour dette antérieurement contractée. On objectait alors avec raison que le nantissement n'existait qu'avec les formes de l'article 2074, que la loi de 1863 est justement venue supprimer pour les matières commerciales. L'objection est donc désormais sans force.

§ 3. — *Paiement des dettes échues autrement qu'en espèces ou effets de commerce.*

Nous avons vu la nullité de tous paiements de dettes non échues, quel qu'en soit le mode. Voyons maintenant les paiements des dettes échues. Le texte de l'article 446 dit : « pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce. » La loi ne veut pas exclure le droit de payer ce que l'on doit, même si cet objet est autre chose que des espèces ou des effets de commerce. La loi veut prohiber toutes dations en paiements,

qui soient la substitution d'une chose à une autre à moins qu'il ne s'agisse d'effets de commerce, qui constituent bien une dation en paiement, mais que l'usage entre commerçants admet et assimile aux paiements en espèces.

La loi défend la dation en paiement parce que cette manière de payer exigeant le consentement du créancier (art. 1243, C. civil) est suspecte, surtout pour un débiteur qui est sur le point de cesser ses paiements ou qui l'a déjà fait ; il y a lieu, en effet, de craindre qu'elle ne constitue un avantage fait au créancier, qui, du reste, doit être suffisamment averti par ce paiement exceptionnel, de la mauvaise situation du débiteur.

L'article 446 donne des exemples de dations en paiement à propos des dettes non échues, il s'applique aussi aux dettes échues, car ce sont là des paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce.

Le texte dit : « Tous paiements par transport, vente, compensation ou autrement.

1° *Paiements par transport.* — Ce paiement se fait quant le débiteur se libère envers son créancier en lui cédant une crèance qu'il a contre des tiers. Cette opération peut se présenter sous diverses formes : sous forme de cession, comme nous venons de le voir, sous forme de délégation, si le failli délègue son débiteur à son créancier qui le libère, ou sous forme de remise au créancier, de reconnaissances données par le débiteur..., etc.

On a fait remarquer qu'il résulte de ces dispositions que dans le cas où le paiement effectué au moyen de l'endos-

sement d'un billet à ordre serait valable, ce paiement résultant d'un transport serait nul, bien que l'endossement d'un billet à ordre constituât une véritable dation en paiement. Nous en avons déjà dit le motif.

Supposons que le paiement par transport-cession ait été fait avant la période douteuse, mais que le cessionnaire n'ait été saisi conformément à l'article 1690 qu'après le jugement déclaratif ; les créanciers du failli seront ils vis-à-vis de lui des ayants-cause ou des tiers ? S'ils sont des tiers, ils pourront se prévaloir du défaut d'accomplissement des formalités de l'article 1690 à l'encontre du créancier cessionnaire.

La Cour de cassation, arrêt du 4 janvier 1847, S. 47, I. 161, décide que ce sont des tiers. « En effet, dit-elle, ce sont particulièrement les intérêts des créanciers du cédant que les transports lèsent le plus souvent, et dès lors, il est naturel de penser que ce sont eux que la loi a dû principalement avoir en vue, lorsqu'elle a prescrit en faveur des tiers la disposition de l'article 1690. »

Quand la loi annule à l'égard des tiers la cession non signifiée, qui regarde-t-elle comme des tiers ? Ceux qui ont des droits différents du cédant et du cessionnaire. Les créanciers du failli n'ont-ils pas intérêt à faire rentrer dans l'actif dont ils sont saisis, les valeurs qui n'en seraient pas sorties définitivement ?

Mais si dans l'espèce prévue la signification avait été faite dans la période douteuse, avant le jugement déclaratif, la cession de créance serait valable, car la signification

a pour but seulement de faire produire à la cession son effet vis-à-vis des tiers, et les créanciers de la faillite n'ont cette qualité que du jour où ils ont acquis sur la créance cédée des droits distincts de ceux de leur débiteur. Or ce résultat ne se produit que par le jugement déclaratif de faillite. Donc jusqu'à ce moment, le cédant, futur failli, peut, même étant dans la période douteuse, saisir le cessionnaire conformément à l'article 1690 du Code civil. Du reste dans l'espèce prévue par l'arrêt de Cass. du 4 janvier 1847, la cession n'avait été signifiée qu'après ce jugement déclaratif.

On a discuté la question de savoir s'il n'y avait pas un transport-cession dans le cas où l'immeuble d'un négociant étant saisi, une partie du prix d'adjudication est restée libre après le paiement des créanciers hypothécaires. Certains créanciers chirographaires se sont fait délivrer des bordereaux de collocation, le saisi est déclaré en faillite et la cessation des paiements est fixée à une époque antérieure à la délivrance desdits bordereaux. Seront-ils soumis à l'article 446? Non, il n'y a ici ni cession ni délégation, mais la conséquence de la saisie, l'équivalent d'un paiement en espèces.

La Cour d'Aix (9 févr. 18...) a déclaré non recevable la demande en nullité des syndics. M. Dalloz cite dans ce sens un arrêt de Bordeaux du 16 novembre 1841 S. 42, 2, 314.

2° *Paiement par vente.* — C'est la transmission de la propriété d'un meuble ou d'un immeuble effectuée comme

dation en paiement au profit du créancier. L'article 446 annule ces dations en paiement parce que, n'étant pas dans les usages, elles font soupçonner l'état de gêne du débiteur, et un avantage donné au créancier, ce qui produit une fraude à la loi d'égalité qui doit régner entre les créanciers d'un failli.

Que décider en cas de compte courant se faisant entre deux commerçants » par des envois respectifs de marchandises destinés à se balancer réciproquement » ? Un d'eux fait dans l'époque douteuse doit-il être annulé ?

On décide généralement que non, malgré la double objection, fondée sur ce qu'on fera facilement échec à la loi et sur un arrêt de Grenoble (13 avril 1848 S. 49, 2. 102) invoqué à contre-temps, car dans l'espèce, des marchandises étaient envoyées par le débiteur au créancier pour que celui-ci les vendît en qualité de commissionnaire et se payât sur ce prix du montant de ses avances. La créance avait pour objet non des marchandises, mais une somme d'argent et l'envoi de marchandises, dans ce cas, constituait une dation en paiement prohibée.

Tandis, au contraire, que dans le compte-courant prévu, les marchandises sont bien ce que le débiteur devait, puisqu'il avait été convenu dès le début qu'il paierait en marchandises.

D'ailleurs, comme le fait remarquer M. Duvergier, t. XXXVIII, Collection des lois, p. 374. « La loi parle de dettes échues, et par cette expression, elle a voulu parler de dettes, contractées à échéance fixe, lorsque cette échéance

est arrivée ; or, le solde d'un compte courant quoique actuellement exigible, ne présente pas ce caractère. » Et si on soupçonne le paiement en marchandises d'une dette échue, c'est que cette dette doit être payée en argent ; tandis qu'ici, nous le répétons, il avait été convenu qu'on paierait en marchandises, et que le dernier envoi ne doit pas être plus suspect que les autres.

Ces opérations pourront tomber sous le coup de l'article 447, mais non sous celui de 446.

Si d'après la convention, on ne devait s'acquitter de l'obligation contractée ni en espèces, ni en effets de commerce, mais en marchandises, l'article 446 ne s'appliquerait pas. La cour de Lyon le décide ainsi, 31 décembre 1847, S. 48, 2, 351, et M. Bédarride est de cet avis, t. I, 117,

Mais pour les autres cas, l'article 446 doit s'appliquer strictement. Peu importe, que les marchandises aient été envoyées purement et simplement au créancier, ou qu'il les ait reçues avec mandat spécial de les vendre pour profiter du prix.

Malgré la Cour de cassation (rej. 3 août 1847) déclarant que l'article 446 n'est pas applicable si le paiement a été fait au moyen de marchandises vendues par un courtier au profit du créancier, nous pensons avec M. Demangeat, t. V, p. 231, que le texte de l'article 446 comprend évidemment cette hypothèse quand il parle de paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce et cet article doit s'appliquer d'une manière absolue.

Cette règle s'appliquerait encore si nous nous trouvions en présence d'un contrat de vente dont on ne peut payer le prix : le failli ne pourrait pas restituer au vendeur les marchandises achetées, celui-ci n'a pas le droit de revendication (art. 576), et ce que doit le failli, c'est le prix (Paris, 18 août 1871. S. 71, 1, 211).

III. *Paiement par compensation.* — La compensation, dont parle ici l'article 446, et ce ne peut être que la compensation conventionnelle, la compensation légale ayant lieu de plein droit et par l'autorité de la loi, ne peut renfermer de fraude. Cependant, si cette compensation avait servi d'instrument frauduleux, comme dans le cas suivant, que faudra-t-il décider? Un commerçant, Primus, se trouvant créancier d'une dette liquide et exigible envers Secundus, tombe en faillite. Secundus doit payer à la masse la totalité de sa dette, mais il achète à vil prix une créance contre Primus, pour pouvoir invoquer la compensation.

La jurisprudence, se fondant sur l'équité, est unanime à décider la nullité (Metz, 16 juillet 1845, D. P. 46, 2, 14. Orléans, 1er fév. 1853. Paris, 18 janvier 1865. Paris, 27 août 1866. S. 67, 2, 294. S. 65, 2, 281).

Il est cependant des auteurs qui ont soutenu l'avis opposé disant qu'aucun texte ne permettait d'édicter une nullité pour ce cas, que ce résultat découlait directement des principes de la loi. On ne peut pas dire, dans tous les cas, comme l'ont fait quelques arrêts, que l'acquisition de la créance d'un tiers faite dans le but d'éteindre une dette dont on est tenu, équivalait à un paiement fait autrement

qu'en espèces ou effets de commerce, car l'article 446 s'applique seulement aux actes faits par le failli.

Il n'y a pas à parler ici de la compensation susceptible de s'opérer après la faillite par suite de l'exigibilité des dettes du failli résultant du jugement déclaratif de faillite, car ce principe n'est admis que pour faire participer les créanciers à terme aux opérations et résultats de la faillite et non pour leur faire profiter de la compensation.

Donc ce qui est prohibé, c'est la compensation conventionnelle, c'est-à-dire l'arrangement par lequel le débiteur, futur failli, se libère envers son créancier en lui abandonnant une créance qu'il a contre lui. Ce que la loi veut prohiber, c'est la fraude qui doit résulter de cette opération, et d'où ressortent, à la fois, avantage pour le créancier et préjudice pour les autres créanciers ; car si les dettes ne sont pas liquides, il y a crainte de fraude dans l'estimation que l'on peut en faire, et si celle du futur failli n'est pas exigible, il y a renonciation au bénéfice du terme.

L'article 446 parle des paiements par transport, vente, compensation ou autrement qui sont des dations en paiements et il donne en exemple des paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce. On peut donc se demander si l'article 446 frappe aussi la novation. On peut penser que non. Car la novation ne produit pas les effets du paiement, ni de la dation en paiement, elle ne libère pas le débiteur, et laisse subsister entre les parties les mêmes rapports de créancier et de débiteur, mais à la condition qu'elle ne déguise pas un paiement.

IV. *Paiements faits en espèces ou effets de commerce.* — La loi a assimilé les effets de commerce aux espèces ; on peut dire, et c'est conforme à l'usage, qu'ils constituent comme une monnaie commerciale. Ceci est tellement reçu entre commerçants et si bien considéré comme normal, qu'un créancier ne pourrait pas refuser un effet bien régulier et muni de bonnes signatures ; aussi doit-on considérer que s'il y a là, il est vrai, une dation en paiement, elle ne peut faire craindre la fraude, et au point de vue de la faillite, elle est acceptée comme un vrai paiement en argent.

Par effets de commerce, on entend le plus communément les lettres de change et les billets à ordre. Il y a là une cession de créance de la part du failli ; en endossant une lettre de change, il cède sa créance contre le tiré. Mais nous avons dit que la loi autorisait ces paiements parce qu'ils sont dans les usages du commerce. Le commerçant dans la période douteuse peut même créer des effets pour en faire un instrument de paiement.

Aucun texte n'y met obstacle. Si c'est un billet à ordre qui est souscrit pendant la période douteuse, il pourrait y avoir lieu à l'application de l'article 449, mais le billet ne sera pas nul pour ce motif qu'il a été souscrit pendant cette période. Mais maintenant plusieurs questions se posent pour savoir si ces paiements permis en effets de commerce s'appliquent à d'autres effets qu'à la lettre de change et au billet à ordre. Disons avec M. Boistel : « Il faudra pour « appliquer l'article par analogie, que l'analogie soit com-

« plète, c'est-à-dire, non-seulement que le titre soit habi-
« tuellement reçu comme de la monnaie, mais encore
« que, d'après les usages, on ne puisse pas le refuser. »

Ainsi pour un chèque, nous l'admettons à être considéré comme effet de commerce dans le sens de l'article 446, parce que, comme la lettre de chaege et le billet à ordre, il est la transmission d'une créance contre un tiers, un banquier ici, et qu'il est essentiellement un instrument de paiement.

Il en sera de même des virements en banque, bien que ce soit un vrai transport de créance, mais ce qui les fait rentrer dans l'analogie, c'est qu'ils portent sur des fonds essentiellement disponibles, que ce sont de vrais paiements en argent.

Au contraire, une facture acquittée ne peut être considérée comme un effet de commerce. C'est là un moyen de paiement peu ordinaire, et un créancier est maître de le refuser. Ce n'est donc pas une monnaie de commerce mais une cession ou transport de créance, de ceux prohibés par l'article 446. La jurisprudence est en ce sens : Aix, 2 décembre 1863 ; Bordeaux, 29 mars 1871.

Il en est de même, à notre avis, des coupons d'actions ou d'obligations échus et au porteur. En effet, un créancier n'est pas obligé de les accepter et il n'est pas dans les usages du commerce d'être obligé de subir les dérangements et même les pertes que leur change occasionnerait. La Cour de cassation est de cet avis (Rej. 29 juin 1870) ; il est vrai que l'espèce sur laquelle elle statuait ici, est un

peu différente. Les coupons étaient donnés en paiement pour une valeur estimative à fixer ultérieurement et dépendant de la liquidation d'une société. Un titre au porteur ne rentrera pas non plus dans la dénomination d'effets de commerce de l'article 446, à cause de sa valeur si variable et des difficultés de sa négociation.

Quant aux récépissés et warrants, on a voulu en faire des effets de commerce dans le sens de l'article 446, parce qu'ils sont à ordre, mais nous sommes d'un avis contraire ; d'abord pour les récépissés parce qu'ils ne sont pas de valeur fixe, mais sujets aux variations du cours des marchandises, ensuite parce que ces mêmes récépissés donnant droit à des marchandises et non à de l'argent, leur endossement constitue un paiement en marchandises défendu par la loi (Cass., 7 mai 1866, D. 66, 1, 197). Quant aux warrants, ils ne donnent pas non plus droit à de l'argent, ils sont un instrument non de paiement, mais de crédit ; ils donnent un droit de gage au prêteur et constituent un mantissement prohibé par l'article 446, *in fine*.

§ 4. — *Constitutions d'hypothèque, de gage, d'antichrèse, consenties postérieurement à la créance.*

Examinons d'abord quelles modifications la loi de 1838 a apportées en cette matière et à la déclaration de 1702 et à l'ancien texte du Code.

La déclaration de 1702 défendait d'acquérir, « en vertu

d'actes passés ou de sentences rendues dix jours au moins avant la faillite publiquement connue, aucune hypothèque ou préférence sur les créanciers chirographaires. » Ainsi une nullité de plein droit s'appliquait à toutes les causes de préférence quelles qu'elles fussent. Car, selon la remarque de M. Demangeat, t. V, page 234, dans notre ancien droit l'hypothèque a toujours compris le privilège, et la déclaration, par ailleurs, parle de toute cause de préférence.

La prohibition de la déclaration de 1702 était passée dans le Code de commerce de 1808, aussi générale et aussi absolue. « Nul, disait l'ancien article 443, ne peut acquérir privilège ni hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. »

Ainsi pas de distinction entre les privilèges et les hypothèques ni entre les différentes espèces d'hypothèques, et ce qui est plus grave, pas de distinction entre le cas où une sûreté réelle est constituée à titre gratuit, et le cas évidemment tout autre et plus favorable où la sûreté avait été constituée dans le contrat même, comme une condition de ce contrat ; accessoire de ce contrat, elle participait de sa nature de contrat à titre onéreux.

Par suite des dispositions de l'ancien article 443, les rédacteurs du Code de commerce étaient tombés dans cette contradiction de valider le contrat pour la créance et de l'annuler pour l'hypothèque, qui, en fait, n'est qu'une partie d'un même tout. Ce résultat produisait une injustice pour le créancier qui, sans doute, n'eût pas traité sans la sûreté. Et cependant en annulant cette sûreté, on main-

tenait le contrat ! Aussi ce système produisit-il des effets préjudiciables aux commerçants et aux intérêts généraux du commerce.

« Les commerçants, propriétaires d'immeubles, dit M. Bravard, t. V, p. 237, ne trouvaient pas à emprunter sur hypothèque..., les immeubles des commerçants étaient donc considérés et avec raison par les prêteurs sur hypothèque comme un mauvais gage, » puisque si les commerçants étaient réduits à cesser leurs paiements, il pouvait arriver que l'époque de l'ouverture de la faillite fût fixée à une date antérieure à celle de l'emprunt et que, par suite, les hypothèques consenties fussent frappées d'une nullité de plein droit. Aussi les commerçants ne pouvant pas utiliser leurs immeubles pour soutenir leur crédit chancelant se voyaient-ils précipités dans une faillite qu'un emprunt eût pu prévenir.

La loi de 1838 est venue porter remède à ces conséquences fâcheuses. Elle distingue l'hypothèque constituée après coup pour une dette préexistante et d'une façon gratuite, de l'hypothèque constituée par le contrat même qui donne naissance à la créance dont elle est, en quelque sorte, la condition.

Elle s'exprime ainsi : « sont nuls... tous actes..., toute hypothèque conventionnelle.., pour dettes antérieurement contractées. » Ces derniers mots ont besoin d'être expliqués. Il ne faut pas les comprendre, comme on l'a fait quelquefois, dans le sens de « contractées antérieurement à la cessation des paiements. » Ils signifient pour dettes

contractées à une époque antérieure à celle de la constitution de l'hypothèque. L'hypothèque a-t-elle été constituée même après les dix jours et dans l'époque douteuse, mais concomitante au contrat d'où résulte la créance, elle suivra le sort de la créance. A-t-elle été constituée par un contrat nouveau, postérieur au contrat générateur de la créance, elle est nulle de droit.

Que décider si depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, le débiteur futur failli avait reçu une somme d'argent d'un homme qui était déjà son créancier chirographaire et lui avait consenti une hypothèque pour garantir à la fois la première dette et la nouvelle?

M. Bédarride applique l'article 446 et annule l'hypothèque entière. Il est à présumer, dit-il, que le créancier a acheté la garantie hypothécaire en paraissant faire un prêt. Mais il ajoute « si la somme nouvellement et réellement prêtée était importante et qu'il apparût des circonstances que ce prêt n'avait pas eu pour objet de contrevenir à l'article 446, on pourrait seulement réduire l'hypothèque à concurrence du montant du prêt dont le débiteur aurait réellement profité. » Cela aboutit à dire que, sauf le cas de fraude, on ne devra annuler l'hypothèque que relativement à la créance déjà née, d'après le principe de l'article 446.

Donc, et la jurisprudence a fait souvent l'application de ce principe, l'article 446 ne s'applique pas au cas où l'hypothèque est constituée en même temps que la créance.

On ne pourrait pas, ainsi que l'a fait un arrêt de Poitier (16 janv. 1860, S. 60, 2, 289) distinguant si le

créancier a eu ou non connaissance de la cessation des paiements, valider l'obligation et d'un autre côté annuler l'hypothèque qui lui avait été attachée au moment de sa création. En effet, cet arrêt a été cassé (24 déc. 1860, S. 61, 1, 538). L'hypothèque, il faut bien le remarquer, n'est que l'accessoire de l'obligation et partant elle est attachée à son sort, validée comme elle, ou annulée, si l'autre est annulée.

Si le créancier hypothécaire s'était présenté à la vérification et avait affirmé sa créance comme hypothécaire, et si par ailleurs cette hypothèque avait été consentie postérieurement, elle n'en serait pas moins annulée. Un arrêt de Paris (3 fév. 1859, S. 50, 2, 296), dit en effet : « La vérification porte sur la sincérité des créances, non sur les privilèges et hyppothèques, qui peuvent les garantir. »

Que décider, en matière d'ouverture de crédit dans l'espèce suivante? Un crédit est ouvert à un négociant en vue d'éviter la faillite. Cette ouverture de crédit est postérieure à l'époque douteuse et le débiteur failli est obligé par des remises certainement postérieures.

L'hypothèque qui garantit cette ouverture de crédit est-elle valable? Oui, sans doute, car d'après un arrêt de cass. 8 mars 1854, « la loi n'a entendu proscrire que des actes qui ont pour effet d'assurer à un ou à plusieurs créanciers une préférence au préjudice de la masse ; mais elle n'a pu vouloir interdire les transactions faites de bonne foi par un commerçant, qui même en prévision de sa faillite et

pour la prévenir, affecte ses immeubles, non à des dettes déjà contractées, mais à des engagements nouveaux destinés à lui procurer des ressources nouvelles qui lui permettent de prévenir une crise commerciale et de continuer des opérations qui peuvent être profitables à ses créanciers. »

La loi exclut, par son silence, de l'article 446, les hypothèques légales et les privilèges autres que ceux fondés sur la convention de gage. Étudions d'abord ces deux points.

1° *Hypothèques légales.* — Le silence de l'article 446 les affranchit de la nullité de plein droit. Cette règle est très logique puisque la loi de 1838 n'annule les hypothèques conventionnelles que lorsqu'elles ne sont pas concomitantes à l'obligation qu'elles garantissent. Or, les hypothèques légales étant attachées par la loi à une créance, prennent forcément naissance en même temps qu'elle, elles suivent son sort, et créées par la loi elles ne peuvent guère servir à cacher une fraude.

Une hésitation était permise pour le cas des hypothèques légales qui ne résultaient pas seulement de la loi, mais aussi de la volonté des parties : ainsi un mariage passé dans les jours suspects. Malgré l'opinion de M. Pardessus, il n'y a pas à douter de l'existence de l'hypothèque légale de la femme, car l'article 446 est formel, il émet une présomption absolue pour les actes dont il parle, et les présomptions étant de droit étroit ne peuvent pas s'étendre en dehors des cas indiqués par loi.

Mais *quid si* un commerçant s'obligeant envers un tiers, sa femme intervient pour cautionner l'obligation ou pour s'obliger solidairement avec lui? La femme aura-t-elle l'hypothèque légale de l'article 2135? Pourra-t-elle en temps suspect valablement subroger un créancier dans l'effet de cette hypothèque?

On a soutenu la négative, disant que par suite de ce concert intervenu entre la femme, le mari et le créancier du mari, et en subrogeant le créancier à son hypothèque légale, la femme « pourrait créer une hypothèque qui aurait, en faveur du créancier, le même résultat que l'hypothèque conventionnelle, frappée d'impuissance (Poitiers 16 janvier 1860. S. 60, 2, 289).

Mais l'affirmative prévaut, en effet l'article 446 est formel dans son silence sur l'hypothèque légale. Le législateur en annulant les hypothèques conventionnelles redoute un concert frauduleux, mais ce motif n'existe pas ici, où il s'agit non d'une hypothèque consentie par le failli, mais d'une hypothèque légale donnée au profit d'une femme qui, aux termes de l'article 1431, est présumée circonvenue par son mari.

La jurisprudence s'est fixée en ce sens : Cass., 16 nov. 1848. S. 49, 1, 121, Cass., 25 juillet 160. S. 61 1, 193. Cass., 24 déc. 1865. S. 65, 538. Cass. 9 déc. 1868. S. 69, 1, 117.

Cependant si la femme avait agi avec fraude et connaissait la cessation des paiements de son mari, l'hypothèque

légale serait annulée avec l'obligation par l'article 447 et 1167.

2° *Les privilèges.* — Ils ont ce point commun avec les hypothèques légales, qu'ils dérivent de la loi (2095), et partant qu'ils ne peuvent être soupçonnées de fraude dans leur source et dans leur motif. Ne sont donc pas soumis à la nullité de l'article 446, ni les privilèges sur les immeubles 2103 et 2111, ni les privilèges sur les meubles 2102, C. civ. et 305 et suivants du Code de Commerce. Il faut cependant faire une double exception pour les privilèges sur les meubles, l'une admise par l'article 446, relative aux privilèges fondés sur une convention de gage, qui du reste, sont toujours concomitants à la naissance de la créance, et celle résultant de l'article 550, *in fine*, du Code de commerce d'après lequel le privilège du vendeur d'effets mobiliers n'est pas admis en matière de faillite.

Après avoir vu les causes de préférence auxquelles ne s'applique pas l'article 446, voyons celles qui tombent sous le coup de la nullité qu'il prononce.

La loi parle des hypothèques conventionnelles et judiciaires. Nous avons expliqué dans quels cas la loi entend appliquer la nullité de l'article 446 pour les hypothèques conventionnelles, pour dettes antérieurement contractées. Cette sûreté venant du fait de l'homme, le législateur a redouté une fraude, avec d'autant plus de raison qu'il n'est guère dans les habitudes du commerce de constituer des causes de préférence, et quand elles sont données à la

veille de la faillite, elles donnent lieu à un soupçon de fraude qui ne manque pas de fondement.

Quant aux hypothèques judiciaires, il n'y a pas à faire la même distinction, puisqu'elles sont nécessairement postérieures à la naissance de la créance. Elles seront donc toujours nulles, si le jugement dont elles résultent a été rendu pendant la période douteuse. On ne peut pas dire, ainsi que certains auteurs l'ont prétendu, que la créance a été novée par le jugement, et que la nouvelle créance se trouvant ainsi concomitante à l'hypothèque, celle-ci doit être valable. Non, il n'en doit pas être ainsi, car ce serait le même résultat pour toutes les hypothèques judiciaires et cependant l'article 446 les comprend parmi celles soumises à la nullité.

M. Bravard, t. V, p. 246, a voulu faire une distinction que nous ne saurions admettre et que nous repousserons, comme l'a fait son savant commentateur M. Demangeat. « Il faut appliquer, dit-il, les mots dont il s'agit, « pour dettes antérieurement contractées », au cas où la demande dont le jugement et l'hypothèque sont la suite, a été formée dans les dix jours qui ont précédé la séparation des paiements, ou depuis, à plus forte raison. C'est alors que l'hypothèque judiciaire serait nulle, mais elle serait valable quand même le jugement aurait été rendu dans la période douteuse, si la demande avait été introduite auparavant. » L'article 446 ne distingue pas, nous ne pouvons pas ainsi distinguer.

L'article 446 parle ensuite des droits d'autichrèse et de

nantissement, et là, fait une sorte de pléonasme puisque l'autichrèse est le nautissement d'une chose immobilière, comme le gage est le nantissement d'une chose mobilière. La garantie fournie par autichrèse est assez rare, mais elle pourrait causer à la masse un grave préjudice, car elle donne droit au créancier de percevoir les fruits de l'immeuble jusqu'à complet paiement.

Nous avons déjà vu qu'il était fait exception à l'esclusion de l'article 446 des privilèges pour ceux qui reposaient sur une convention de gage. La loi les a assimilés aux hypothèques conventionnelles. C'est-à-dire qu'elle les frappe de nullité quand ils ont pris naissance postérieurement à la créance. Ils ont, en effet, ceci de commun avec les hypothèques conventionnelles « qu'ils sont indépendants de la qualité de la créance et que, par la volonté des parties, ils peuvent être constitués pour sûreté de toute espèce de créance. » Bravard.

Donc tout droit de gage accordé dans la période fixée par l'article 446, dans le but de rendre privilégiée une créance qui existait déjà, est frappée de nullité par la loi. On voit par là quelle est l'importance de la date à laquelle le gage a été constitué. Sous le régime du Code de commerce antérieur à la loi de 1863, l'article 2074 du Code civil s'appliquait et exigeait un acte public ou sous-seing privé dûment enregistré. Cette formalité, tout en faveur de la publicité, a disparu depuis la loi du 23 mai 1863 qui se contente des preuves usitées en matière de commerce (art. 109, Cod. com.). Aussi la fraude est-elle devenue plus

facile. Le gage est valable du moment qu'il a été constitué en même que la créance est née. Il suffit qu'il ait été promis à cette époque, quand même la chose n'aurait été remise que postérieurement et pendant la période douteuse. Car alors sa réalisation n'est plus que le paiement d'une dette échue à laquelle seul l'article 447 s'applique.

Si l'objet constitué en gage est, non plus une chose corporelle, mais une créance mobilière, — on a fait, par exemple, un transport en garantie — suffira-t-il que l'acte constitutif du gage ait date certaine avant la période douteuse? Ne faudra-t-il pas de plus que la signification du transport ait été faite au débiteur, avant cette même époque?

Nous avons étudié une question semblable à propos des dations en paiement, si on en faisait une pour une cession de créance. Nous donnerons ici la même solution que plus haut. Le contrat de gage a été formé valablement, la signification a pour but seulement de lui faire produire son effet vis-à-vis des tiers qui auraient acquis des droits sur la créance. Or, les créanciers de la masse ne deviennent des tiers que par le jugement déclaratif de faillite. Donc jusqu'à cette époque, la signification peut être valablement faite, bien qu'on soit dans la période douteuse (Cass. 16 juin 1848, S. 49, 1, 465).

L'article 446 est-il applicable à la substitution faite, même sans fraude, d'un gage nouveau et de même valeur,

à un ancien gage encore subsistant, pourvu, naturellement, que le créancier ne fût pas dénanti du premier gage?

Un arrêt de la Cour de d'Aix du 17 janvier 1866, S. 67, 2, 13 confirmé par la Cour de cassation, arrêt 12 août 1857, S. 68, 1, 38, décide que l'article 446 n'est pas applicable et le motif qu'il en donne est que cette substitution « ne cause aucun préjudice à la masse, pour laquelle il est indifférent que le privilège s'exerce sur une chose ou sur une autre, pourvu qu'elle soit de valeur équivalente. »

CHAPITRE II

NULLITÉS FACULTATIVES

L'article 447 s'exprime ainsi : « Tous autres paiements faits par le débiteur pour dettes échues et tous autres actes à titres onéreux par lui passés, après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif de faillite, pourront être annulés, si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses paiements. »

Étudions quelles différences séparent les nullités de l'article 446 et celles de l'article 447. M. Bravard, t. V, p. 257, en signale quatre que nous allons examiner et dont nous tirerons les conditions nécessaires à l'application des nullités de l'article 447.

Ces deux sortes de nullités diffèrent :

1° Quant au nombre et à la nature des actes auxquels elles s'appliquent. Celles de l'article 446 ne s'appliquent qu'à un certain nombre d'actes déterminés par la loi et à des actes à titre gratuit, du moins en général ; celles de l'article 447, s'appliquent à tous les actes que le débiteur a pu faire en dehors de ceux déterminés par l'article 446, et qui sont les actes les plus habituels de commerce et de

l'usage journalier. Sont-elles applicables au partage ? Nous verrons la question plus loin ;

2° Quant aux conditions auxquelles elles sont soumises, notamment quant à l'époque à laquelle ces actes doivent avoir été faits.

Les premières sont des nullités de plein droit résultant d'une présomption légale qui leur donne naissance soit que les actes qui leur sont soumis aient été faits depuis la cessation des paiements, soit dans les dix jours précédents. Il n'y a pas ici de frande à prouver ; autrement l'acte frauduleux aurait toujours été valide par suite de l'impossibilité des tiers à faire la preuve.

Les deuxièmes sont des nullités relatives en ce sens qu'elles sont subordonnées à la preuve de la connaissance de la cessation de paiements de la part de ceux qui ont traité avec le failli. Soumettre ces actes à une présomption légale, c'eût été tromper la foi des tiers qui ont bien pu ignorer ce fait, et qui, en somme, n'ont fait que des actes habituels au commerce. D'un autre côté, le fait de la cessation des paiements est important, ils ont pu le connaître, aussi a-t-on soumis leurs actes à un régime particulier différent de celui du droit commun, de l'article 1167. D'après le droit commun, un créancier doit remplir trois conditions pour faire annuler les actes de son débiteur : prouver le préjudice éprouvé, l'intention frauduleuse du débiteur, enfin la collusion ou complicité du tiers qui a traité avec le débiteur.

D'après l'article 447, la première condition doit évi-

demment exister, sans cela les créanciers n'attaqueraient pas l'acte en question ; mais ils n'ont pas à prouver la fraude du débiteur, ce serait surabondant, puisque celui-ci ne peut pas ignorer la cessation des paiements qui est son fait ; du reste l'intention frauduleuse ne ressort pas nécessairement de l'acte en question, car, comme dit M. Boistel, à la veille d'une faillite le débiteur peut bien facilement perdre la tête et se livrer, de très bonne foi, à des actes déplorables dans l'espoir de sauver à tout prix sa situation compromise. Enfin la loi n'exige pas la preuve de la complicité des tiers à une fraude qui peut n'avoir pas existé, elle exige seulement la preuve qu'ils avaient connaissance de la cessation des paiements, considérant qu'alors ils devaient se montrer circonspects et respecter l'égalité qui doit régner entre les créanciers. Il résulte naturellement de cette condition que la nullité en question ne frappe que les actes accomplis depuis la cessation des paiements et non dans les dix jours précédents, car les tiers ne pouvaient pas alors connaître la cessation des paiements, puisqu'elle n'existait pas.

3° Quant au pouvoir que la loi a laissé aux juges. Les nullités de l'article 446 ne laissent aucun pouvoir aux juges, car elles sont prononcées en vertu d'une présomption légale, tandis que celles de l'article 447 leur laissent la plus grande latitude, elles sont soumises à leur appréciation : « Tous autres paiements et tous autres actes à titre onéreux... pourront être annulés... » Cette nullité est facultative pour le juge qui se prononce d'après les éléments de

la cause. La Cour de cassation a plusieurs fois cassé des arrêts où le juge s'était cru obligé de prononcer la nullité.

4° Quant aux conséquences qu'elles entraînent.

Elles ont ceci de commun qu'elles peuvent être les unes et les autres invoquées contre les tiers acquéreurs ou contre les cessionnaires de celui qui a reçu du débiteur ou qui a traité avec lui, c'est-à-dire contre un ayant-cause à titre particulier. Mais elles se séparent en ce point que quand il s'agira d'une nullité prononcée par l'article 447, il faudra prouver contre l'ayant-cause comme contre son auteur, qu'il a eu connaissance de la cessation des paiements. Mais ceci ne s'applique que s'il s'agit d'un ayant-cause à titre onéreux.

Quant aux nullités de l'article 446, comme elles ont lieu de plein droit, si l'action est intentée contre un cessionnaire ou ayant-cause du premier contractant, il n'y aura rien à prouver, ni en aucune façon, à distinguer si l'ayant-cause est à titre onéreux ou à titre gratuit. La nullité de l'article 446 est, non pas *in personam*, mais *in rem : resoluto jure dantis*....

Il y a cependant une exception pour le cas où la chose vendue à un tiers par celui qui l'avait reçue du commerçant futur failli est un meuble. Tant que la masse n'aura pas prouvé sa mauvaise foi, il pourra s'abriter derrière la présomption de l'article 2279 : « en fait de meuble, possession vaut titre. »

Il nous est facile maintenant de tirer de ces différences,

les conditions nécessaires pour l'application de l'article 447.

Première condition. — Préjudice pour la masse. Car l'intérêt est le fondement de toute action. L'article 447 ne dit pas comme l'article 446, « relativement à la masse », mais il faut le sous-entendre, car l'article 447 n'est pas édicté dans l'intérêt du failli (Cass. 12 févr. 1844). S. 44, I, 219.

Deuxième condition. — Que le juge ait prononcé la nullité.

Troisième condition. — Que le tiers qui a traité avec le failli ait eu connaissance de la cessation des paiements.

Mais en quoi consistera cette connaissance de la cessation des paiements ? Il ne suffira pas que le tiers sache que le débiteur se trouve dans une gêne passagère, dans un embarras financier qui peut n'être que momentané. Un arrêt de Strasbourg, du 16 août 1864 qui l'avait pensé, a été cassé par arrêt du 18 avril 1866, Cass. S. 66. 1. 362.

On s'est demandé si les juges pouvaient annuler les actes passés, par cela seul que le créancier avait eu connaissance de la cessation des paiements, ou s'ils ne devaient pas, de plus, constater la mauvaise foi du créancier. Quelques auteurs, argumentant d'un arrêt de cassation déjà cité (Cass. 12 févr. 1844), en ont tiré cette conséquence : que les paiements reçus de bonne foi sont valables, bien que le créancier ait eu connaissance de la cessation des paiements ; ils ajoutent que le pouvoir du juge étant facultatif, la con-

naissance de la cessation des paiements n'est qu'un des éléments de fraude.

La réponse est facile. Ils interprètent mal l'arrêt de cassation, car s'il valide, en effet, une obligation souscrite par le débiteur malgré la connaissance de la cessation des paiements, c'est que dans l'espèce, l'obligation ne portait pas préjudice à la masse, et non parce que le créancier était de bonne foi. Et c'est justement pour ce cas que les juges ont reçu un pouvoir d'appréciation. Du reste, la Cour de cassation se prononce encore en ce sens par un arrêt du 30 juillet 1850, S. 50, 1, 641 et l'esprit de la loi est démontré conforme par la discussion dont elle a été l'objet, à propos du mot « les actes pourront être annulés. » On a proposé en vain de substituer à ce mot « devront être annulés » et la raison qu'en donne M. Martin (de Strasbourg) mérite d'être retenue. « L'article 447, dit-il, atteint des actes à titre onéreux ; or, il est possible qu'un tel acte ait été consommé et n'ait pas porté préjudice à la masse. Enfin quelle preuve exige l'article 447 ? Seulement la connaissance de la cessation des paiements. » L'article 447 n'est applicable qu'autant que le paiement en espèces ou effets de commerce a été effectué pour dettes échues, s'il s'agissait de dettes non échues, c'est l'article 446 qui serait en cause.

Cependant un certain nombre de questions se posent pour savoir si les actes suivants seront soumis à cet article 447 : Le partage, le paiement obtenu par voie de saisie, le transport, le nantissement, le contrat d'atermoiement.

Cette règle relative aux paiements constitue une différence avec l'action Paulienne de l'article 1167. Comme le fait remarquer M. Boistel, les paiements normaux de dettes échues ne sont jamais annulés par l'article 1167, parce que les créanciers, dans le droit commun, ont le droit de se faire payer à mesure qu'ils se présentent (art. 808 et 809 du Code civil). En matière de faillite, au contraire, la loi veut l'égalité entre les créanciers, donc le débiteur ne doit pas les payer au détriment les uns des autres.

§ 1. — *Le partage.*

Le partage est-il un de ces actes à titre onéreux dont parle l'article 447, en supposant qu'il aurait eu lieu depuis la cessation des paiements? La Cour de Colmar dans un arrêt du 19 janvier 1856, S. 56, 2, 372, à propos duquel s'est élevée la controverse, décide que les articles 446 et 447 ne sauraient s'appliquer aux partages et liquidation, lorsque, du reste, ces actes sont réguliers et non entachés de fraude. « En effet, dit la Cour, en matière de partage, les contractants, ou plutôt les copartageants, ne sont point à l'égard les uns des autres, des créanciers et des débiteurs, mais des communistes ou co-propriétaires des choses à partager, ils ne sont tenus ou liés les uns envers les autres par aucune convention ou lien contractuel ; ils ne tirent leurs droits respectifs d'aucun engagement pris ou consenti, mais les puisent dans leur qualité d'héritiers

qu'ils tiennent de la loi, soit d'une institution faite par un tiers, droits remontant au jour de l'ouverture et se rattachant à la personne dont l'hérédité est à liquider. Enfin l'effet du partage étant purement déclaratif et non attributif de propriété, il ne s'opère ni transmission soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, ni paiement ou dation en paiement, conditions exigées par les articles 446 et 447, quel qu'ait été d'ailleurs le mode de partage qu'il a convenu aux parties d'adopter, qu'il soit fait par attribution ou par lotissement, sauf toutefois les simulations et la fraude... »

Deux arguments ressortent de cet arrêt : Les copartageants ne sont pas à l'égard les uns des autres des créanciers et des débiteurs, et le partage étant déclaratif de propriété, on ne trouve pas entre les copartageants ni transmissions à titre onéreux ou gratuit, ni paiement ou dation en paiement.

On répond à ces arguments que ce n'est pas comme paiement qu'on prétend soumettre le partage à l'article 447, mais comme acte à titre onéreux. Or tel est le caractère du partage qui, malgré la fiction de l'article 883, aboutit à ce résultat nécessaire que chacun des copartageants est tenu de donner ou de faire quelque chose. En somme le failli copartageant donne l'équivalent de ce qu'il reçoit. C'est donc un acte commutatif. A l'argument que le partage est déclaratif, M. Demangeat répond en citant la transaction dont l'effet est aussi déclaratif et cependant qui doit être soumis sans aucun doute à l'article 447. En somme le partage peut nuire aux créanciers du copartage-

geant qui a cessé ses paiements, comme tout autre acte à titre onéreux.

Il est vrai que l'article 882 dont ne parle pas l'arrêt de Colmar, vient fournir un argument à la thèse qu'il soutient et qui est contraire à la nôtre. L'article 882 s'exprime ainsi : « Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence ; ils ont le droit d'intervenir à leurs frais ; mais ils ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée. »

Mais nous répondons à ce nouvel argument que l'article 882 est exceptionnel, qu'il apporte une restriction à l'action Paulienne, restriction déjà indiquée du reste, dans l'article 1167, et qu'en conséquence cette exception ne peut s'étendre au delà des faits prévus. Il faudrait prouver que l'article 882 s'applique aussi à l'article 447. La loi civile protège les familles dans leur tranquillité et dans leurs intérêts contre les créanciers négligents ou trop exigeants. La loi commerciale, au contraire, protège les créanciers contre le débiteur. Comment, du reste, ces créanciers peuvent-ils connaître l'existence du partage pour accomplir les formalités de l'article 882 ? D'autre part, les tribunaux n'annuleront le partage qu'autant qu'il leur sera démontré que les autres copartageants ont connu la cessation des paiements et que le partage a été fait de telle manière qu'il a porté préjudice à la masse. Ainsi, dit

M. Demangeat, les copartageants ne seront atteints que dans un cas où ils méritent réellement peu d'intérêt ; connaissant la cessation des paiements de leur copropriétaire; ils devaient appeler ses créanciers à figurer aux opérations du partage.

§ 2. — *Du paiement obtenu par voie de saisie.*

Voici l'espèce prévue : Primus est débiteur de Secundus et a pour débiteur Tertius. Secundus, pour sûreté de sa créance, fait pratiquer entre les mains de Tertius une saisie-arrêt sur ce qu'il doit payer à Primus. Il a ainsi obtenu son paiement. Ce paiement, en cas de faillite de Primus, tombe-t-il sous le coup de la nullité de l'article 447 ?

Il faut étudier deux hypothèses d'après le principe suivant rapporté en ces termes par l'arrêt de cassation du 20 novembre 1860 : « le tiers-saisi ne peut être contraint à vider ses mains en celle du saisissant avant que le jugement de validité ne soit passé en force de chose jugée... »

1° Le jugement déclaratif de faillite a été rendu avant que le jugement de validité ait acquis l'autorité de la chose jugée. Dans ce cas le tiers-saisi qui au jour du jugement déclaratif de faillite ne pouvait pas être obligé au paiement reste toujours le débiteur du failli. La créance sur laquelle le saisissant prétend avoir un droit exclusif, étant dans l'actif du failli, s'est trouvée, au moment du jugement décla-

ratif, le gage commun des créanciers de la masse, sur lequel, par suite du dessaisissement, il y a un droit égal pour tous les créanciers. L'article 548 du Code de procédure est formel comme fondement de ce principe établi tout d'abord. L'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 1860 décide aussi que le jugement de validité n'attribue au saisissant un droit exclusif sur les sommes saisies, qu'autant qu'il a acquis l'autorité de la chose jugée ; donc le paiement fait avant est nul.

2° Le jugement déclaratif n'a été rendu qu'après l'expiration des délais d'appel et d'opposition, c'est-à-dire après que le jugement de validité a acquis l'autorité de la chose jugée. C'est alors seulement que le tiers a payé. Dans ce cas le paiement pourra être annulé à la demande de la masse en vertu de l'article 447, si le créancier qui l'a reçu a eu connaissance de la cessation des paiements. L'arrêt de la Cour de Paris du 18 août 1860 D. P. 60. 2. 1874, est formel en ce sens. Il dit : « l'article 447 ne permet pas que le créancier qui a procédé en connaissance de l'état d'insolvabilité et de cessation de paiements de son débiteur, obtienne dans aucun cas, un privilège que repousse le principe d'égalité de condition qui doit exister entre les créanciers, au code de faillite. »

§ 3. — *Du transport.*

L'article 446 frappe de nullité le paiement par transport, sans distinguer s'il s'applique à des dettes échues ou non échues. L'article 447 ne s'applique donc pas au paiement par transport. Il y a cependant un cas où la jurisprudence veut lui appliquer l'article 447, quand « le transport a été consenti par le failli en même temps qu'était contractée la dette dont le transport est destiné à assurer le paiement et dont il forme une condition essentielle. » Il s'agit ici, on l'a fait remarquer, d'une dation en paiement effectuée au moyen d'un transport-cession et non d'un nautissement par suite de la mise en gage d'une créance, auquel cas, l'article 446 doit être appliqué sans hésitation, puisque le texte est formel.

La Cour de cassation fait une exception (Cass. 24 juin 1868, S. 68, 1, 365) : « attendu qu'aux termes de l'article 446, les paiements par voie de transport, les hypothèques et les nantissement consentis par le failli depuis la cessation des paiements et dans les dix jours précédents, ne sont annulés de plein droit que lorsqu'ils ont eu pour objet des dettes antérieurement contractées, que cet article cesse d'être applicable lorsque les transports, les hypothèques, ou les nautissements ont été consentis par le failli en même temps que la dette qu'ils sont destinés à garantir et dont ils forment une condition. »

C'est à tort, suivant nous, que la Cour de cassation assimile les transports aux hypothèques et aux nantissements. L'article 446 en parle en deux paragraphes distincts et comme nous l'avons déjà dit, il annule les transports qu'il s'agisse de dettes échues ou non échues, et il ne s'occupe pas davantage de savoir si ces dettes sont antérieures on non à l'opération en question.

Un autre arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1847, S. 47, 1, 172, a donné les motifs suivants à l'opinion que nous combattons. « Attendu, dit-il, que l'article 446 se borne à déclarer nuls relativement à la masse... tous paiements soit en espèces soit par transport ou autrement pour dettes non échues et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce, qu'il suit de ces dispositions que les actes de transport pour dettes nouvellement contractées ne sont pas frappées de la même nullité. »

Cet arrêt de cassation fait une fausse interprétation du mot « dettes échues » que ne comporte pas l'article 446. La loi parle des dettes échues et non échues. et, sans distinguer entre elles, elle annule les dations en paiement faites par transport.

§ 4. — *Concordat amiable.*

Il faut supposer que la faillite a été reportée au jour où a été conclu un traité amiable portant arrangement entre

le débiteur aujourd'hui failli et tous ses créanciers. Le syndic pourra-t-il, au nom de la masse, faire rapporter les sommes touchées par les créanciers en vertu de l'arrangement?

S'il s'agit d'un traité par lequel les créanciers lui ont donné quittance définitive moyennant un dividende déterminé, l'article 447 est inapplicable car son but est en annulant certains actes, de faire respecter l'égalité entre les créanciers. Or, ici ils ont tous une situation égale. Du reste, liés désormais par leur contrat d'atermoiement, il ne composent plus une masse de créanciers.

S'il s'agit d'un contrat d'atermoiement par lequel les créanciers ont fait arrangement par suite de la promesse à eux donnée par le débiteur de les payer par dividende à des époques déterminées et à la suite duquel des versements inégaux ont mis les créanciers dans une situation inégale. Il faudra alors rapporter les dividendes reçus et l'article 447 s'appliquera. Bordeaux 4 août 1868, et 5 avril 1870. S. 70, 2, 311. Cass. 22 août 1866. S. 66, 1,391.

Appendice. — Dans tous les cas et ceci s'applique aux règles générales que nous avons données, dans tous les cas où l'article 447 s'applique, ce n'est pas seulement le capital reçu par le créancier qu'il doit rapporter, ce sont aussi les intérêts.

Autrement ce créancier aurait une situation préférable à celle des autres créanciers, puisque ceux-ci n'auront qu'un dividende sur les intérêts qui auront couru jusqu'au

jour du jugement déclaratif de la faillite, et qu'après cette époque ces intérêts ne courent plus.

A partir de quel jour les intérêts doivent-ils être restitués ? De l'article 549 combiné avec l'article 1378 du Code civil, il résulte que les intérêts doivent être restitués du jour de la mauvaise foi de celui qui les a reçus.

Dans le cas de l'article 446, le tiers peut être de bonne foi, il devrait alors restituer les fruits et les intérêts, seulement du jour de la demande ; il y a donc intérêt dans ce cas, à dire que ce tiers est de mauvaise foi, car alors la restitution devra dater du jour de sa mauvaise foi.

Exception au principe de l'article 447.

Nous trouvons dans l'article 449 une véritable exception au principe de l'article 447. Cet article décide, en effet, que le porteur d'un billet à ordre ou d'une lettre de change, malgré la cessation des paiements de celui qui l'a payé, et malgré la connaissance qu'il pourrait en avoir, pourrait être payé valablement par le futur failli et sans être exposé à aucun rapport.

Entendons-nous bien d'abord sur l'hypothèse : le tiré d'une lettre de change ou le souscripteur d'un billet à ordre est en cessation de paiements, malgré cela il acquitte l'effet à l'échéance dans le cas prévu, le paiement a été fait ne pas à Secundus, par exemple, auquel Primus aurait souscrit un billet à ordre, car alors ce serait la simple application de l'article 447, le paiement a été fait à un tiers-porteur, à Tertius auquel Secundus a endossé le billet à ordre souscrit par Primus ; ou, si l'on suppose une lettre

de change tirée sur Primus par Secundus au profit de Quartus, elle a été ensuite négociée par ce dernier au profit de Tertius, qui a été le tiers-porteur payé par Primus.

Il peut encore arriver qu'une lettre de change tirée sur Primus et négociée par Tertius, ait été tirée, non pas par Secundus, mais par Quintus pour le compte de Secundus.

Telles sont les hypothèses dans lesquelles l'article 449 fait exception à l'article 447.

Et cette exception peut ainsi se formuler en cette double règle :

§ 1er. — Soit en cas de billet à ordre, soit en cas de lettre de change, le tiers-porteur qui reçoit son paiement à l'échéance, n'est exposé à aucun rapport, quand même il aurait eu connaissance de la cessation du paiement de celui qui l'a payé ;

§ 2. — La faillite de celui qui aura payé aura cependant un recours à exercer. Contre qui? Contre ceux qui, en définitive, auront profité du paiement, c'est-à-dire le premier endosseur dans le billet à ordre et le tireur dans la lettre de change.

Examinons ces deux règles :

Première règle. — Immunité du tiers-porteur. — L'ancien texte de 1808 et la législation antérieure ne faisaient aucune distinction entre le tiers-porteur d'un effet de commerce et tout autre créancier. Contre la nouvelle loi proposant, en 1835, cette distinction de l'article 449, on a argumenté du silence de l'ancien texte en disant que c'était la conséquence du principe d'égalité qui doit régner entre

les créanciers, et on ajoutait : « Pourquoi le porteur d'une lettre de change serait-il plus favorisé que le vendeur d'effets mobiliers, par exemple, qui est obligé de rapporter à la masse le prix qu'il aurait reçu, encore que l'objet de la vente reste en nature dans l'actif de la faillite, et qui ainsi ne viendra qu'au marc-le-franc (art. 550). »

Ce raisonnement était faux. Car, comme le dit parfaitement M. Bravard T. V. p. 270. « Cette assimilation, conforme en apparence au principe de l'égalité, y était, en réalité, diamétralement opposé. En effet, annuler le paiement fait à un créancier ordinaire, c'est simplement le mettre dans la même position que si le paiement n'avait pas été fait, l'assujettir comme les autres, à la loi du dividende. Mais annuler le paiement fait au porteur d'un effet de commerce, d'une lettre de change par exemple, ce serait mettre le porteur dans une position pire que si le paiement n'avait pas eu lieu ; car il ne peut conserver son recours contre ses garants qu'autant qu'il a fait un protêt le lendemain de l'échéance, or ce protêt s'est trouvé, de fait, impossible puisque le paiement a eu lieu. »

L'article 449 ne veut donc, en aucune façon, violer le principe de l'égalité des créanciers, mais le privilège qu'il semble édicter, est, au contraire, « une nécessité dérivant de la force même des choses. » En d'autres termes, le porteur était obligé de se présenter à l'échéance, dès lors le débiteur se déclarant disposé à payer, le porteur ne pouvait pas refuser le paiement, bien qu'il connût la cessation des paiements ; car s'il avait voulu refuser le paiement,

il n'aurait pu faire protêt, et ainsi il aurait perdu tous ses recours.

On dit, il est vrai : (Dalloz, rep. faillites n° 328 et Massé, n° 1228), « au lieu de dispenser le tiers-porteur du rapport, il suffisait de lui restituer son recours contre les garants. » M. Bravard IV. p. 270, fournit la réponse : Il y aurait eu un double inconvénient : prolonger une responsabilité restreinte par l'article 165 à la courte duree de quinze jours et exposer le tiers-porteur aux risques de l'insolvabilité des cautions ; en effet, dans l'intervalle du paiement à l'exercice de l'action qu'on aurait rendue au porteur, que de changements n'aurait-il pas pu survenir dans la situation des garants !

Enfin on peut donner un second motif : le désir du législateur de faciliter la circulation des effets de commerce, en rassurant les porteurs de ces effets.

Mais le motif principal, le fondement de l'article 449, « c'est que le tiers porteur étant dispensé du rapport par cette raison que n'ayant pu faire de protêt, il a perdu tout recours contre ses garants ; il faut en conclure que l'article 449 ne protège que les paiements faits à l'échéance et sans protêt. Dès qu'un protêt a été fait et que les recours sont assurés la disposition de l'article 449 n'a plus sa raison d'être et le droit commun reprend sa vigueur. »

Ce raisonnement qui nous semble absolument logique nous sert à résoudre une question très-discutée en doctrine et en jurisprudence et qu'on peut poser ainsi :

Qu'arriverait-il, si ce paiement été fait, dans d'autres

conditions, par le tireur ou par un endosseur, contre qui le porteur s'était retourné, par le tiré même, qui, après protêt, s'est ravisé et a payé ; en supposant, bien entendu, que celui qui a payé était en faillite ?

Il s'est présenté sur cette question trois systèmes :

Premier système. — Il faut appliquer l'article 449, même dans ces hypothèses, car si le premier motif de la loi ne peut pas s'appliquer ici, puisque alors le porteur obligé au rapport n'est pas privé de tout recours et qu'il a pu faire protêt le lendemain de l'échéance et sauver ainsi son recours contre ses garants, le texte de l'article 449 est général et il reste encore le deuxième motif, parfaitement applicable pour les hypothèses présentes. On a dit, en effet, les effets de commerce sont une vraie monnaie courante et l'article 449 s'applique par cela seul qu'il s'agit du paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Alauzet, t, IV, p. 1704; Demangeat sur Bravard t. V, p. 271. Ces auteurs s'appuient sur un arrêt de cassation 10 juin 1846, S. 46, 1, 523.

Un deuxième système mis en avant par M. Labbé en note d'un arrêt de cassation du 18 décembre 1865, D. P. 66. 1. 369. fait la distinction suivante.

« L'article 449 est applicable au paiement par l'un des signataires du titre à un tiers porteur, au paiement intervenu entre personnes qui n'ont pas contracté l'une avec l'autre. Il est inapplicable au contraire, au paiement intervenu entre personnes liées entre elles par une cause antérieure à la création ou à la cession du titre ; entre person-

nes pour lesquelles l'effet de commerce a été le moyen de terminer une affaire antérieure. Ce système ne tire pas sa raison d'être du texte de la loi, mais il se fonde sur sa pensée « toujours dirigée, dit M. Labbé, vers les tiers que l'obligation de rapporter engagerait dans une faillite qui leur est étrangère, puisqu'elle n'est pas celle de leur débiteur contractuel et direct. »

Ce système, à notre avis, ne tient pas compte du motif qui est le fondement véritable de l'article 449.

Du reste, il prétend s'appuyer sur les termes des auteurs de la loi. Il est facile de prouver qu'au contraire, l'idée qui fait le fond du troisième système ressort clairement de la discussion à laquelle cette loi a donné lieu.

Troisième système. — L'article 449 est inapplicable dans ce cas.

Ce système est adopté par la jurisprudence unanime des dernières années. La disposition de l'article 449, nous l'avons déjà dit, ne s'applique qu'aux paiements faits à l'échéance et sans protêt.

Dans un discours prononcé le 9 février 1835 et qui soulevait la question, M. Moreau s'exprimait ainsi, précisant les termes de la discussion : « Les actes et paiements faits par le failli doivent être maintenus. Il doit en être ainsi surtout pour les tiers porteurs des effets de commerce qui, à l'échéance, sont obligés de recevoir le paiement qui leur est offert par le tiré et qui n'ayant pu faire dresser le protêt, seraient privés de leur recours contre les obligés antérieurs,

s'ils étaient tenus de rapporter le paiement qu'ils ont reçu du tiré. »

Cette idée avec les mêmes expressions s'appliquant aux paiements faits à l'échéance et sans protêt est reproduite dans les discours de M. Tripier à la Chambre des pairs, de M. Guénault à la Chambre des députés, et de M. Teste, qui fait remarquer que le tiers-porteur n'est qu'un intermédiaire au moyen duquel le tireur fait prendre son argent chez le tiré, et par M. Renouard au nom de la commission dont il est le rapporteur, et par MM. Lefèvre, Dusseré et Persil. Voir aussi : Cass. 18 décembre 1865, S. 66, 1, 137. Cass. 19 mai 1867, S. 67, 1, 193. Cass. 27 novembre 1867, S. 68, 1, 166. Cass. 5 mai 1873, S. 74, 1, 78. Req. 12 avril 1875, D. P. 76, 1, 38.

On peut encore présenter un autre argument fourni par M. Boistel, p. 692. Le mot de paiement dont parle l'article 449 suppose comme dans tout le Code de commerce, le paiement fait par la personne désignée pour le faire : le tiré ou le souscripteur ; la fin de l'article confirme cette explication, elle exige que celui à qui on demande le rapport ait eu connaissance de la cessation des paiements au moment de l'émission du titre ; or, à ce moment le tireur ne connaît pas les endosseurs, il ne peut donc avoir connaissance de la cessation de leurs paiements, ce qui montre bien que l'article 449 n'a pas supposé la faillite d'un endosseur.

On s'est demandé ce qu'il fallait décider dans l'espèce suivante : Tertius, porteur d'un billet à ordre souscrit par

Primus et endossé par Secundus, au lieu d'en poursuivre à l'échéance, le remboursement contre Secundus, endosseur, s'est fait remettre de nouveaux titres, alors qu'il connaissait l'impossibilité où se trouvait le souscripteur de remplir ses engagements. Primus tombe en faillite. Tertius peut-il soutenir que malgré le renouvellement, il a maintenu sa situation de tiers-porteur et peut-il réclamer à son profit le bénéfice de l'article 449 ?

La jurisprudence a suivi la négative, Cass. 19 mai 1868, S. 68, 1, 364. Et, en effet, par suite de la novation, il ne reste rien du titre primitif, Tertius n'est plus tiers-porteur, il est simple créancier, donc soumis au rapport.

Que doit-on décider si la provision de la lettre de change n'a été faite par le tireur au tiré que depuis la cessation des paiements, ou dans les dix jours précédents ? Quel est le droit du tiers-porteur vis-à-vis de la masse ?

Nous avons déjà étudié la même question au commencement de cette étude. Comme les solutions sont les mêmes, nous nous contentons d'y renvoyer. En un mot, cependant, nous pouvons dire que nous avons décidé qu'il y avait là paiement de dette non échue, par conséquent nullité en vertu de l'article 446.

Mais l'article 449 ne contient une dérogation ni à l'article 443, ni à l'article 446 ; il contient une faveur au profit du tiers-porteur et ainsi une exception à l'article 447. Mais si l'échéance du billet à ordre ou de la lettre de change n'est arrivée que depuis le jugement déclaratif,

le failli étant dessaisi, le tiers-porteur n'a pu recevoir valablement, il doit donc le rapport de ce qu'il a reçu. Ou encore si le tiers-porteur se fait payer avant l'échéance, ou s'il reçoit une dation en paiement, l'article 446 s'appliquera et il y aura rapport. Dijon, 19 févr. 1867. S. 67, 2, 3, S. 16.

Deuxième règle. — Recours de la faillite du tiré contre le tireur et le premier endosseur.

Le tiers-porteur est protégé par l'article 449 contre l'application de l'article 447, mais ce même article 449 ne laisse pas la faillite du tiré sans aucun recours ; aussi pourra-t-elle se retourner, s'il s'agit d'une lettre de change, contre le tireur, s'il s'agit d'un billet à ordre contre le premier endosseur. Ils sont, en effet, les créanciers directs de la somme due et le porteur est leur mandataire. Ils ont touché comme on dit : « *longa manu*, c'est donc d'eux que le rapport doit être exigé. « L'idée générale de la loi, dit M. Boistel, est que le recours existera contre le tiers qui a le premier reçu le montant de l'effet et qui a trouvé par là le moyen de se faire payer sa créance, lorsqu'il ne pouvait plus valablement en recevoir directement le paiement du failli... La loi n'a pas voulu que l'on pût faire indirectement ce qu'on ne pouvait pas faire directement. Celui qui aura remboursé l'effet à la faillite, en redeviendra créancier dans la même faillite, mais il subira la loi du dividende. »

Si le tireur a fait provision entre les mains du tiré, il n'est pas dispensé pour cela du rapport, seulement il peut

exercer ses droits dans la faillite du tiré et y réclamer un dividende ou la restitution des objets livrés au tiré, si ce sont des choses corporelles livrées et dont celui-ci n'est pas devenu propriétaire.

De même, pour le billet à ordre. Le premier endosseur qui a reçu devra rapporter à la faillite du souscripteur, ce qui lui a été versé, sauf à réclamer de cette faillite le dividende auquel sa créance donne droit.

Lorsque la loi parle du premier endosseur, elle entend celui qui véritablement a touché le prix du titre. Il peut arriver, en effet, que le premier endosseur ne soit que la caution du souscripteur, le prix du billet à ordre n'est pas touché par lui, « son endossement n'est qu'une forme adoptée pour réaliser la garantie par lui donnée du paiement de l'effet conçu à son ordre ». Angers, 25 avril 1861, S. 62, 2, 119. Demangeat, T. V. p. 277. »

L'article 449, donne une condition à l'action en rapport, c'est que la masse fournisse « la preuve que celui à qui on demande le rapport ait eu connaissance de la cessation du paiement. » On revient ici à la règle de l'article 447.

A quelle époque faudra-t-il que le tireur ou le premier endosseur ait eu cette connaissance? Ce n'est pas au moment du paiement, ainsi qu'on aurait pu le croire, puisque le rapport est la conséquence de la nullité du paiement; c'est, d'après l'article 449, au moment de l'émission du titre, au jour où on a agi.

Il y a un cas particulier où le choix de ce jour sera mal

fait, c'est quand une lettre de change aura été tirée pour le compte d'un tiers. L'article 449, ne faisant encore distinction, il faudra, pour que le rapport puisse être exigé, que le tiers pour le compte duquel la lettre de change a été tirée ait eu connaissance de la cessation des paiements du tiré à l'époque où a été accompli un fait qui lui est absolument étranger, l'émission de la lettre de change par le tireur pour compte.

Que faut-il entendre, au juste, par cette expression l'émission du titre? S'il s'agit d'une lettre de change, ce sera évidemment sa création, elle sort alors du portefeuille du tireur qui en reçoit la valeur pour passer dans les mains du bénéficiaire.

Mais s'il s'agit d'un billet à ordre, l'émission est produite par le premier endossement; alors seulement le preneur en reçoit la valeur et l'effet devient une monnaie commerciale; tandis que tant que le billet est entre les mains du preneur, c'est un titre de créance tout simplement contre le souscripteur.

CHAPITRE III

NULLITÉ DES INSCRIPTIONS.
(art. 448)

La loi se trouvait ici en présence de deux sortes d'intérêts qu'elle avait à concilier et à protéger : ceux des tiers et ceux des créanciers hypothécaires et privilégiés. L'intérêt des tiers est fondé sur le principe de l'article 2093 : tous les biens du débiteur composent le gage de ses créanciers. Il faut donc que les tiers puissent vérifier la situation de leur débiteur plus ou moins modifiée par les gages ou sûretés qu'il a constitués en faveur d'autres créanciers. « Il ne fallait pas, a dit M. Quesnault, le rapporteur, permettre à un débiteur au-dessous de ses affaires de conserver un crédit apparent par la complaisance que pourraient mettre les prêteurs à retarder l'inscription jusqu'à la veille, jusqu'au jour même du jugement déclaratif. »

Voilà à la fois le principe et l'explication de l'article 448.

C'était pour protéger cet intérêt des tiers, de la masse des créanciers, que le code de 1808 annulait d'une façon absolue toute sûreté acquise dans les dix jours précédant la cessation des paiements ou depuis. « Nul, disait l'article 443, ne peut acquérir privilège ni hypothèque sur les biens

du failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. » L'article 446, *in fine* a modifié cette règle (en 1838) en admettant une distinction pour les sûretés constituées pendant la période suspecte, en même temps que la créance a été contractée ou postérieurement à elle.

D'un autre côté, l'article 2146 protégeait encore cet intérêt des tiers, de la masse des créanciers en édictant la règle suivante : « Les inscriptions ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. » Cet article protégeait énergiquement la masse des créanciers, mais au détriment des créanciers garantis par une hypothèque ou par un privilége et qui n'en pouvaient pas profiter, faute d'une pure formalité accomplie en temps voulu.

La loi de 1838 vint apporter quelques heureuses modifications à cet état de choses. L'article 448 nouveau, continuant le changement déjà opéré dans l'article 446, ne fait commencer l'interdiction de toute inscription qu'à partir du jugement déclaratif. Et le même article 448 dans son deuxième alinéa indique ce qui est conservé de l'article 2146 : « les inscriptions prises dans la période suspecte pourront être declarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilége et celle de l'inscription. » Nous nous trouvons donc en présence d'une nullité seulement facultative et encore subordonnée à une négligence d'inscription dans le délai de quinze jours.

L'ensemble de ces dispositions est fort logique et il existe une corrélation évidente entre les deux articles 446 et 448. D'après le premier, en effet, la sûreté consentie dans la période suspecte n'étant pas nulle si elle est constitué en même temps que l'obligation principale, il fallait donc permettre de faire l'inscription jusqu'au jugement déclaratif de faillite, c'est ce que décide l'article 448, et ajoutant une restriction dans le deuxième paragraphe.

L'article dit : « jusqu'au jour du jugement déclaratif », mais ce jour n'est pas compris, car d'après l'article 443 c'est de ce jour-là même que commence le dessaisissement du failli.

« Du reste, fait remarquer M. Bravard, les auteurs de la nouvelle loi ont compris que ce délai de quinze jours pourrait être insuffisant dans certains cas ; car l'inscription doit être prise au bureau du conservateur des hypothèques, dans l'arrondissement duquel les biens soumis à l'hypothèque sont situés ; or il peut y avoir une distance très-grande entre ce lieu et le lieu où l'hypothèque aura été constituée, aussi l'article 448 veut-il que le délai de quinze jours soit augmenté d'un délai supplémentaire en raison de la distance » (448 3e).

Étudions maintenant quel est le caractère de cette nullité et comparons-la avec les nullités précédentes.

Elle diffère d'abord de la nullité de l'article 446, en ce que, au lieu d'être comme celle-ci de droit, elle est soumise à l'appréciation du juge, elle est facultative.

Elle diffère sous deux points de vue de la nullité de l'article 447 : 1° Celle-ci n'est prononcée que si la masse prouve que le tiers qui a traité avec le débiteur a eu connaissance de la cessation des paiements. Cette connaissance établit la mauvaise foi du tiers. Dans l'article 448, une semblable condition n'est pas exigée ; il n'y a comme condition qu'un retard, une négligence de la part du créancier à inscrire son droit. Il n'est donc pas nécessaire que le retard soit frauduleux (Rouen, 8 mai 1851, S. 52, 2, 185), il suffit que le retard existe ; d'un autre côté, alors même que le délai de quinzaine est expiré, si le retard du créancier est justifié par un empêchement sérieux, la nullité pourrait n'être pas prononcée. « La loi, dit la Cour de cassation, livre aux lumières et à la conscience du juge l'appréciation des circonstances qui doivent le déterminer à user de la faculté qui leur est accordée d'annuler les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent. Cass. 17 avril 1849, S. 49, 1, 638. Cass. 2 mars 1863, S. 63, 1, 425.

2° La nullité de l'article 447, étant basée sur la connaissance de la cessation des paiements ne peut pas frapper les actes antérieurs à cette époque, ni les actes accomplis dans les dix jours qui précèdent, tandis que la nullité de l'article 448 comme celle de l'article 446 remonte aux dix jours qui ont précédé la cessation des paiements.

Par d'autres points de vue les articles 447 et 448 présentent une certaine analogie ; des nullités ne sont pas pro-

noncées de plein droit, mais subordonnées à l'appréciation du juge, elles sont facultatives.

Il faut en outre pour l'application de l'article 448 comme pour celle de 449 que la masse établisse un préjudice à elle causé. La jurisprudence est en ce sens.

On s'est demandé à ce propos quelle solution devait être donnée dans la question suivante.

Primus a inscrit son hypothèque le 20 mars, mais cette inscription est susceptible d'annulation, car la constitution d'hypothèque est du 1er. Secundus, autre créancier, auquel une hypothèque a été conférée pour une même somme, le 15, a inscrit cette hypothèque le 21. Secundus dont l'hypothèque est valable, primera-t-il Primus?

Voici le raisonnement que l'on a tenu et il est conforme au principe ci-dessus posé. Non, Primus ne sera pas primé par Secundus, car si l'inscription de Primus est nulle, c'est seulement à l'égard de la masse et en tant qu'elle lui porte préjudice. Or, dans l'espèce la masse ne souffre en rien de cette inscription, puisque si elle pouvait faire tomber le droit de préférence de Primus, elle aurait à subir l'hypothèque inscrite par Secundus pour une créance de la même valeur. Mais si Secundus était inscrit pour 20,000 fr. seulement, la masse aurait intérêt à faire annuler l'inscription prise par Primus pour 30,000 fr. puisqu'elle ferait rentrer entre ses mains les 10,000 fr. formant la différence entre les deux créances. Autrement Secundus profiterait indirectement d'un privilège auquel son droit personnel ne lui permettait pas de prétendre.

Comme application du même principe on dit encore que la nullité des inscriptions ne peut être invoquée par le tiers détenteur, on dit que le failli remis par un concordat à la tête de ses affaires ne pourrait pas demander la nullité, comme prise tardivement, de l'inscription faite par le créancier auquel il a conféré hypothèque (Cass. 10 févr. 1863, § 63, 1, 262).

Il nous reste maintenant à examiner plusieurs questions qui peuvent être posées et qui préciseront la portée de notre article 448.

Que décider s'il s'agit du renouvellement des inscriptions? Ce renouvellement tombera-t-il sous le coup de la nullité de l'article 448?

La négative ne fait aucun doute, car le créancier qui renouvelle son inscription, dans dix ans comme le prescrit l'article 2154, n'a pas de négligence à se reprocher; or, c'est la négligence que veut frapper l'article 448. Le premier alinéa de cet article ne frappe que la prise d'inscription et le jugement déclaratif ne pourrait pas faire obstacle au renouvellement.

La faillite n'empêche pas le créancier d'être toujours dans la nécessité de renouveler son inscription, s'il veut échapper à la prescription de l'article 2154.

L'article 448 ne règlemente pas non plus l'inscription à prendre (2151) pour garantir la créance des intérêts non conservés par l'inscription originaire. La Cour de cassation du 20 février 1850 (S. 50, 1, 185), est pleinement de cet avis et elle fait la distinction entre les inscriptions

originaires prises pour conserver des créances principales auxquelles s'applique l'article 448 et les inscriptions des intérêts de ces créances précédemment inscrites, qui n'en sont que l'accessoire et la conséquence. Cependant M. Demangeat, t. V, p. 292 est d'un avis contraire. D'après lui, l'article 448 ne fait aucune distinction et il s'oppose à ce qu'une inscription soit prise après le jugement déclaratif, soit que cette inscription s'applique à l'annuité de l'intérêt, soit qu'elle s'applique au capital. On ne peut cependant pas prétendre que la faillite arrête le cours des intérêts des créances hypothécaires; puisque l'article 445 dispose que les créances garanties par privilège, hypothèque ou nantissement, continuent, malgré le jugement déclaratif, de produire des intérêts. L'inscription originaire est restreinte par l'article 2151 à deux années de l'année courante. Mais ce même article donne au créancier le droit de prendre des inscriptions particulières pour conserver sa créance d'intérêts. Le Code de commerce ne contient pas d'exception à l'article 2151, au contraire, il lui prête appui.

L'article 448 ne s'applique ni aux privilèges spéciaux de l'article 2102 qui ne portent que sur certains meubles, ni aux privilèges généraux de l'article 2101 qui sont dispensés d'inscription (2107).

L'article 448 s'applique à l'hypothèque légale de l'État, des communes, et des établissements publics, soumise à la formalité de l'inscription.

Mais que décider pour l'hypothèque légale de la femme

mariée, du mineur ou de l'interdit, si la faillite du mari ou du tuteur survient après la dissolution du mariage ou de la tutelle? A partir de cette époque, la loi du 23 mars 1855 article 8, les soumet au principe de la publicité ; tombera-t-elle alors sous l'application de l'article 448? Avant la loi de 1855, cette question ne pouvait se poser, car d'après l'article 2135, l'hypothèque légale des femmes, des mineurs ou des interdits n'avait pas besoin pour exister d'inscription, l'article 448 ne les atteignait donc pas. La loi de 1855 vint poser cette règle qui restreint la durée indéfinie de l'hypothèque légale : « A partir de la dissolution du mariage ou de la tutelle, la femme, le mineur ou l'interdit ont une année dans le délai de laquelle ils doivent prendre inscription, sinon leur hypothèque ne prendra date non plus du jour de sa naissance, mais du jour de son inscription. » Si donc la faillite a été déclarée dans le délai d'un an, pendant lequel la femme, le mineur et l'interdit peuvent s'inscrire, ils ont jusqu'à l'expiration de cette année pour faire cette inscription, car ils n'ont commis aucune négligence en ne le faisant pas plus tôt, et aucun texte ne vient restreindre l'article 8 de la loi de 1855. Si l'année de faveur est écoulée, l'article 448 recevra alors sa pleine exécution, l'hypothèque légale ne pourra plus être inscrite au préjudice de la masse.

A ce point de vue, on a posé cette autre question : la femme, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction ont laissé passer, sans prendre inscription, l'an de grâce qui leur est accordé. Le jugement déclaratif n'est

pas prononcé, ils peuvent donc inscrire leur hypothèque légale qui prendra rang du jour de son inscription ; mais que décider si cette inscription a été prise dans la période suspecte? Faudra-t-il ou non appliquer l'article 448?

Non, dit une première opinion, il ne faudra pas appliquer l'article 448, car dans l'espèce pour annuler les inscriptions, il doit s'écouler plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque et celle de l'inscription ; ce qui suppose un jugement ou une convention servant de point de départ à ce délai de quinzaine. Car au cas de l'hypothèque légale, il n'y a pas d'acte constitutif de l'hypothèque, mais un fait qui lui donne naissance, le fait du mariage ou de la tutelle. De quelle date faudrait-il faire partir les quinze jours? On ne peut donc, dit un arrêt de Colmar du 15 janvier 1862, S. 62, 2, 123, concilier l'article 448 du Code de commerce avec la nature de l'hypothèque légale et les dispositions qui la régissent.

Dans une deuxième opinion, soutenue par MM. Aubry et Rau, on répond : La première opinion donne une interprétation trop littérale de l'article 448. Il ne s'applique, en effet, à l'hypothèque légale qu'à la suite de la nouvelle loi de 1855. Aussi les termes de l'article 448 s'appliquant à des idées nouvelles ne sont pas toujours bien appropriés ; ainsi le mot : « l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège » ne peut guère s'étendre en parlant des hypothèques légales. Il faut donc chercher par analogie quel sera le point de départ des quinze jours. Ce ne sera ni le jour du mariage ni celui de la tutelle, puisque la femme ou le

mineur ne peut pas alors prendre inscription ; ce ne sera pas non plus ni le jour de la dissolution du mariage, ni celui de la fin de la tutelle ou de l'interdiction, puisque à dater de ce jour la loi donne encore aux intéressés, non pas 15 jours, mais un an pour prendre inscription. Ce sera alors à partir de l'expiration de l'année de grâce que commenceront à courir les quinze jours de l'article 448. Ce n'est qu'à partir de cette époque que le retard mis par les créanciers à s'inscrire est également nuisible aux tiers.

Le privilège des cohéritiers ou copartageants peut-il être inscrit tant que durent les 60 jours de l'article 2109, malgré la déclaration de faillite, dans ce délai, de l'ancien communiste auquel sont échus les immeubles grevés de ce privilège ?

Nous pensons que l'article 448 doit s'appliquer, tel qu'il est, à cette espèce, c'est-à-dire que l'inscription est nulle, si elle a été prise après la déclaration de faillite, bien que dans le délai des soixante jours et que l'inscription peut être annulée, selon l'appréciation des juges, bien qu'on soit encore dans le délai des soixante jours s'il s'est écoulé plus de quinze jours depuis l'acte de partage et que l'inscription ait été prise dans la période suspecte. L'article 448 est trop formel pour permettre quelque hésitation ; du reste il reproduit la règle de l'article 2140 qui ne pourrait pas avoir déjà oublié les délais accordés dans les articles précédents.

Dans cette hypothèse comme dans les suivantes, nous ne nous occupons que des privilèges ayant une cause anté-

rieure au jugement déclaratif ; s'ils avaient une cause postérieure, ils n'auraient pu être inscrits avant ce jugement puisqu'ils n'étaient pas nés, et du reste le failli ne peut accepter les biens qui lui adviennent après sa faillite qu'en subissant les charges dont ils peuvent être grevés.

Doit-on appliquer l'article 448 au privilège du vendeur ? La question peut encore être posée ainsi : l'acquéreur venant à tomber en faillite, le vendeur sera-t-il dans l'impossibilité de conserver son privilège à l'encontre des créanciers de la masse ?

Une première opinion soutient la négative en s'appuyant sur le raisonnement suivant. Jusqu'à la transcription le vendeur reste propriétaire vis à vis des tiers ; la transcription donne naissance au privilège qui, jusqu'à ce moment, n'est seulement que conçu. Si la faillite de l'acquéreur survient, le vendeur peut encore jusqu'à la transcription aliéner son immeuble de nouveau ou le grever d'hypothèques. Si donc il peut se procurer ainsi par voie indirecte tous les effets du privilège, comment l'empêcher de le conserver directement au moyen de la transcription ? D'ailleurs, l'article 448 parle de l'inscription et non pas de la transcription.

La deuxième opinion que nous trouvons préférable est adoptée à la fois par la jurisprudence et par la généralité des auteurs. Elle répond : vous faites confusion. Si le vendeur est resté propriétaire jusqu'à la transcription, c'est seulement à l'égard des tiers qui traiteront avec lui, en ce sens que tant que la transcription n'est pas faite, ils peu-

vent acquérir du vendeur ou traiter avec lui, malgré une première vente. Entre les parties, au contraire, la propriété est transférée par le contrat de vente, c'est donc la vente et non la transcription qui donne naissance au privilège du vendeur. Pour qu'il produise effet, il faut seulement que ce privilège soit rendu public (art. 2106), et cette publicité peut avoir lieu par inscription ou par transcription (art. 2108). La loi n'a pas imposé au vendeur un délai déterminé pour rendre son privilège public, mais elle ne l'en dispense pas pour cela. Certains événements font perdre au vendeur non inscrit son privilège ; ce sont la transcription d'un jugement d'adjudication sur saisie, la faillite de l'acheteur, la transcription d'une revente qui se réfère au droit de suite, et la mort de l'acheteur suivie d'une acceptation bénéficiaire de sa succession.

Donc la faillite de l'acheteur vient-elle a être déclarée, l'article 448 s'applique pour le privilège du vendeur non encore inscrit.

Ou encore l'inscription de la transcription de la vente a-t-elle été faite plus de 15 jours après et dans la période suspecte, l'article 448 recevra son application.

Mais si le vendeur ne peut pas exercer son privilège à l'encontre de la faillite de l'acheteur, peut-il, du moins, demander la résolution de la vente, d'après l'article 1654 du Code civil?

L'article 7 de la loi du 23 mars 1855 permettrait d'en douter, car il solidarise l'action résolutoire et le privilège du vendeur. Mais on décide généralement que le vendeur

peut demander encore la résolution de la vente, bien qu'il ait perdu le privilège. Si on est assez généralement d'accord sur cette solution, on en donne des motifs très-différents. La Cour de cassation, arrêt du 1er mai 1860, S. 60. 1. 602 donne celui-ci : le privilège n'ayant pas été inscrit ne produit pas d'effet, par cela même, contre la masse de la faillite, mais il n'a pas péri, on ne peut donc pas appliquer ici l'article 7 de la loi du 23 mars 1855.

D'après d'autres auteurs (MM. Demangeat, Mourlon etc.) : « Cet article 7 ne peut jamais être invoqué par des créanciers purement chirographaires de l'acheteur pas plus que par l'acheteur lui-même ; or la masse de la faillite, même après que les syndics ont pris inscription d'après l'article 490, ne doit pas être considérée à l'encontre du vendeur comme ayant acquis un véritable droit d'hypothèque. » M. Demangeat ajoute : « On pourrait même soutenir que l'article 7 de la loi de 1855 ne peut être invoqué que par les tiers acquéreurs, en effet cet article paraît se lier à l'article précédent qui ne s'occupe que du droit de suite, Le mot tiers, dans ce sens, ne s'entend que de ceux qui ont acquis des droits du chef de l'acquéreur. »

La même solution que nous avons donnée déjà pour le privilège du copartageant et du vendeur doit s'appliquer aussi au privilège des entrepreneurs et des architectes. Ils ne peuvent pas profiter du délai de six mois qui leur est accordé pour s'inscrire, si le jugement déclaratif de faillite est prononcé contre leur débiteur. On peut, sans doute, trouver bien dure la situation qui leur est faite, mais l'ar-

ticle 448 est formel, comme aussi l'article 2146 du Code civil qui ne suit pas de très loin les articles 2109 et 2111.

Doit-on appliquer l'article 448 à la séparation du patrimoine ?

Voici l'hypothèse : Primus meurt laissant pour héritier un commerçant en état de cessation de paiements, ou qui vient d'être déclaré en faillite ; les créanciers et légataires du défunt pourront-ils valablement inscrire le droit que leur confère l'article 2111 dans les six mois du décès?

La solution à donner à cette question dépend beaucoup de celle que l'on donne dans la controverse où l'on se demande si la séparation des patrimoines est ou non un véritable privilège.

Dans une première opinion on décide que la séparation des patrimoines tombera sous l'application de l'article 448, comme un véritable privilège auquel s'adressent, comme aux autres, les termes formels, de l'article.

Dans une seconde opinion, on dit : l'article 448 ne peut pas ici recevoir son application, car il n'est pas fait pour cette hypothèse, ce qui le montre c'est qu'il ne s'occupe que de droits provenant d'un acte constitutif, or ici il n'y a qu'un fait, celui du décès.

Les créanciers et légataires du défunt peuvent même après l'expiration du délai de six mois, inscrire encore malgré l'article 418, le droit que leur confèrent les articles 878 et 2111. Car le droit de demander la séparation des patrimoines n'est pas soumis à une déchéance de délai fixe, puisque l'article 880 après avoir indiqué le délai

dans lequel l'action doit être formée en matière de meubles, ajoute qu'en matière d'immeubles, cette action peut être exercée tant qu'ils existent dans les mains de l'héritier. Du reste, l'inscription n'est exigée que quand il s'agit pour les créanciers et légataires du défunt, de primer les créanciers hypothécaires de l'héritier. Mais à l'expiration des 6 mois, le privilège ou le droit *sui generis* inscrit par les créanciers et légataires devient une simple hypothèque, n'ayant date à l'égard des tiers que du jour de l'inscription.

Il faut admettre que les termes de l'article 448 comme ceux de tout article édictant des nullités sont limitatifs. Ils s'appliquent aux inscriptions, mais nullement à la cession de créance ou à la transcription.

En supposant la faillite du cédant, la cession de créance peut donc être signifiée plus de quinze jours après l'acte qui lui a donné naissance et même pendant la période suspecte, car la loi dans l'article 448 n'établit une règle prohibitive qu'en vue de l'accomplissement d'une formalité spécialement déterminée à laquelle la cession n'est pas soumise.

Mais si cette signification avait eu lieu après le jugement déclaratif de faillite, la masse pourrait opposer cette négligence ; car, comme dit M. Demangeat, V. p. 295, le cessionnaire qui ne s'est pas conformé à l'article 1690 n'est véritablement qu'un créancier d'un cédant, il ne l'est pas devenu du cédé, et après le jugement déclaratif, nul créancier ne peut acquérir une position préférable aux autres

créanciers. On peut encore donner cet autre motif que le jugement déclaratif équivaut à une saisie-arrêt pour la masse. Cette solution ne dérive donc pas de l'article 448.

Que décider dans le cas d'une donation d'immeuble valable, c'est-à-dire faite avant la période suspecte, mais non transcrite au moment du jugement déclaratif? Les créanciers de la faillite pourront-ils se prévaloir du défaut d'inscription ?

Nous répondons affirmativement nous appuyant sur l'article 941, disant que tous ceux qui ont intérêt peuvent opposer le défaut de transcription ; du reste, les principes généraux de la faillite s'opposent à la validité de cette inscription, car dès le jour du jugement déclaratif, le failli a été dessaisi ; la masse a acquis un droit sur ses biens qui ne doivent plus être modifiés au préjudice des créanciers. La loi de 1855 dans son article 11 déclare par ailleurs qu'il n'est rien dérogé aux dispositions du Code civil sur les donations.

Enfin il nous reste à nous demander si la transcription d'une vente d'immeuble ou d'un des actes que la loi de 1855 y soumet, faite après le jugement déclaratif de la faillite, est ou non opposable à la masse ?

Il y a à ce sujet trois opinions. La première prétend que la transcription prise après le jugement déclaratif n'est pas opposable à la masse. M. Demangeat, page 296 dit : « C'est la conséquence du principe que le dessaisissement qui résulte pour le failli du jugement déclaratif constitue au profit des créanciers une sorte de droit réel *sui generis*

qui est désormais à l'abri de toute atteinte de la part du failli ou de ses ayants-cause. Une deuxième opinion admet cette même solution, mais exige que les syndics aient pris inscription d'après l'article 490 pour se conformer à la règle de l'article 3 de la loi de 1855.

Enfin une troisième opinion appuyée d'un arrêt de la Cour de cassation (5 août 1869 S. 69, 1, 393) dit que la transcription, dans ce cas, est opposable à la masse ; car, dit-elle, on ne peut pas dire, d'une manière générale, que le dessaisissement confère à la masse la qualité de tiers par rapport au failli, sauf dans les cas où la loi lui donne expressément ce droit ; le failli a la jouissance de ses droits retirée, que la masse exerce non comme tiers mais comme ayant-cause ; il faut, pour invoquer l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, acquérir des droits réels sur l'immeuble, que le dessaisissement ne confère pas aux créanciers ; il faut de plus pour opposer le défaut de transcription, avoir un droit du même ordre que celui qui a été aliéné.

Cependant il ne serait pas juste de dire que les créanciers du failli n'auront aucun droit sur cet immeuble et contre l'acheteur. Ils auront un véritable droit d'hypothèque, d'après l'article 490, et le droit de l'invoquer contre l'acheteur, si les syndics l'ont inscrite avant la transcription de la vente.

APPENDICE.

Jetons, avant de terminer, un rapide coup d'œil sur les règles admises par les législations étrangères sur le même sujet : les effets du jugement déclaratif dans le passé, ou les effets de la cessation de paiements.

Presque toutes les législations étrangères présentent des règles analogues à celles de nos articles 446 et suivants ; il est même des pays qui ont adopté presqu'entièrement la loi de 1838. Les divergences existant entre les législations étrangères sont bien moins importantes et nombreuses pour la loi commerciale que pour les lois civiles. « Dans tous les pays, dit M. Lyon-Caen (Tableau des lois commerciales en vigueur dans les principaux Etats de l'Europe et de l'Amérique), la législation commerciale nous présente les mêmes institutions, les sociétés par action, les effets de commerce, les faillites... et il y a souvent une similitude marquée entre les manières dont ces institutions sont réglementées ». A quoi tiennent ces similitudes? Les lois commerciales ont pour but de satisfaire les besoins du commerce, et ces besoins sont à une même époque sensiblement analogues partout. La Turquie a des lois commerciales calquées sur les lois françaises, et quel pays pourtant diffère plus de la France par sa religion et par ses mœurs, et par conséquent par les lois civiles qui en dépendent !

Une autre cause est l'origine commune des lois commerciales. Elles ne viennent pas des peuples anciens qui n'avaient guère de droit commercial, mais des coutumes des commerçants telles qu'elles se développèrent au moyen âge. Ces usages se sont surtout fait remarquer dans les villes d'Italie au XI^e^ et XII^e^ siècle et plus tard les coutumes italiennes se répandirent dans tous les pays, de sorte qu'on a pu dire que les commerçants formaient en quelque sorte une seule nation ayant une législation propre.

Au XV^e^ et XVI^e^ siècle, à la suite des grandes découvertes et des inventions industrielles, le commerce reçut une impulsion immense, les gouvernements s'occupèrent alors de faire des lois commerciales et le droit commercial de coutumier devient un droit écrit. Les villes italiennes donnent l'exemple, mais la France peut revendiquer l'honneur d'avoir eu la première grande codification du droit commercial. Les ordonnances de 1673 et de 1681 étaient, en effet, de véritables codes. Ce n'est qu'en 1794 que furent codifiées les lois commerciales de la Prusse.

L'uniformité de l'ancien droit coutumier disparut, mais les différentes lois commerciales conservèrent leur origine commune et les Codes de commerce ont été, en général, imités les uns des autres ; les lois françaises ont principalement servi de modèle.

Italie. — Le Code de commerce italien date du 15 juin 1865 ; avant cette époque notre Code de 1808 introduit par Napoléon avait continué à s'appliquer dans quelques états. Le Code de 1865 est formé de l'ancienne loi de 1842

connue sous le nom de Code Albert, en vigueur dans le royaume sarde, et qui du reste, en 1842, s'était pour ainsi dire approprié le texte de notre loi de 1838 (Etude comparée des principales législations européennes en matière de faillite par M. Maxime Lecomte). Sur la déclaration de faillite et le dessaisissement, les articles 543 à 545 posent des règles analogues aux nôtres. Quant aux effets de la cessation de paiements, l'article 555 édicte une nullité de droit semblable à celle de notre article 446, il l'étend aussi au gage consenti par le débiteur et aux constitutions d'hypothèques prises sur les biens de ce débiteur. Les articles 556 et 557 reproduisent nos articles 447 et 449.

Belgique. — La loi des faillites de Belgique date du 13 avril 1851, elle est calquée sur la loi française du 28 mai 1838 et a remplacé le Code de 1808 encore en vigueur chez les Belges. Le tribunal peut reporter l'époque de la faillite en arrière, mais en principe, il ne peut la fixer à une date de plus de six mois antérieure au jugement déclaratif de la faillite (442).

Quant à l'annulation des actes accomplis dans la période suspecte les articles 445 à 450 reproduisent les dispositions de notre loi ; mais parmi les nullités de droit correspondant à celles de notre article 446, se placent celles des actes, opérations ou contrats commutatifs ou à titre onéreux, si la valeur de ce qui a été donné par le failli dépasse notablement celle qu'il a reçue en échange. D'après l'article 448 tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont nuls quelle que soit leur date.

Hollande. — Le Code de commerce français introduit en 1811 en Hollande, a été remplacé par un nouveau Code le 1er octobre 1838. Il est divisé en trois livres dont l'ordre des matières est semblable au nôtre. Les règles ordinaires de l'action Paulienne sont applicables aux donations et aux contrats à titre onéreux à quelque époque qu'ils soient intervenus (776-777). Les libéralités sont nulles quand elles ont été faites par le failli à un étranger dans les soixante jours qui ont précédé la faillite. Si le donataire était son parent ou son allié en ligne directe à l'infini, en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré inclusivement, la donation serait nulle, si elle était intervenue dans les cent quatre-vingts jours qui ont précédé la faillite (775).

La loi hollandaise annule encore les gages ou hypothèques constitués pour dettes antérieurement contractées et les paiements des dettes non échues, quand ces différents actes ont été faits dans les quarante jours antérieurs à la faillite.

Dans le grand duché du Luxembourg, le Code français est toujours appliqué, mais une loi du 8 juillet 1870 a remplacé le livre III par la loi belge du 18 avril 1851 sur les nullités.

Espagne. — Le Code de commerce espagnol date du 30 mai 1829, il a été mis en vigueur le 1er janvier 1830; il a pour base le Code de commerce français et les ordonnances de Bilbao, statuts locaux du xvie siècle. Il a été modifié par un décret du 11 janvier 1868.

La loi espagnole reconnaît cinq classes de faillites : 1° la suspension des paiements ; 2° l'insolvabilité fortuite ; 3° l'insolvabilité coupable ; 4° l'insolvabilité frauduleuse ; 5° l'alzamiento ou la dissimulation de l'actif, ou la fuite du débiteur emportant son actif.

La loi frappe de nullité : 1° tous les paiements faits par le failli dans les quinze jours qui ont précédé la déclaration de faillite, pour dettes dont l'échéance ne devait arriver qu'après la date de cet évènement ; 2° les aliénations d'immeubles à titre gratuit et les constitutions dotales faites par le failli à ses enfants, les actions en paiement d'immeubles pour dettes non échues au temps de la déclaration de faillite ; les hypothèques consenties par le failli pour sûreté d'obligations antérieurement contractées ou d'un prêt qui n'a pas été réalisé au moment du contrat ; quand ces actes ont été faits dans les trente jours qui ont précédé la faillite.

3° Les donations entre-vifs faites depuis le dernier inventaire quand la balance montre qu'à ce moment le passif était supérieur à l'actif.

On peut annuler à la requête des créanciers, s'il y a eu fraude à leurs droits :

1° Pour la période de dix jours avant la faillite, tous contrats et opérations de commerce ;

2° Un mois avant la faillite, les aliénations à titre onéreux de biens immeubles ;

3° Six mois avant la faillite, les constitutions dotales et les reconnaissances de capitaux faites par un conjoint en

faveur de son conjoint sur des biens qui n'étaient pas immeubles patrimoniaux ;

4° Quatre ans avant la faillite tout contrat contenant simulation ou supposition (1041 et 1042).

Portugal. — Le Code de commerce qui date du 18 septembre 1833 a subi l'influence des Codes français et espagnol. Il définit ainsi le failli, « celui qui par suite de chances de fortune, ou par sa propre faute, ou par ces deux causes réunies, est obligé de suspendre ses paiements et de s'abstenir de se livrer au commerce (1121). L'ouverture de la faillite ne peut être reportée à plus de quarante jours de la date du jugement déclaratif.

Sont nuls de droit : les hypothèques consenties par le failli dans les vingt jours de l'ouverture de la faillite, tous paiements pour dettes non échues dans la même période ; tous actes translatifs de propriété à titre gratuit passés dans les quarante jours qui ont précédé la faillite (1133-1136).

Peuvent être annulées toutes les obligations commerciales contractées par le failli dans les vingt jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, s'il y a fraude aux droits des créanciers (1137).

Ces deux Codes espagnol et portugais ont une grande importance parce qu'ils ont servi de modèle à la plupart des Codes des États de l'Amérique du Sud.

La Grèce possède un Code de commerce publié en 1835 qui est la traduction presque textuelle du Code français.

La Turquie se rapproche aussi beaucoup de notre législation commerciale.

Allemagne. — Jusqu'à la loi fédérale du 10 février 1877 applicable à tout l'empire d'Allemagne, il y eut dans ce pays deux grandes catégories de lois commerciales : celles particulières à certains états allemands et celles communes à tout l'empire.

La loi fédérale du 10 février 1877 a eu pour but de rendre applicable, dans toute l'Allemagne, la législation prussienne de 1855, sans distinguer la faillite du commerçant ou du non-commerçant. Le titre second de cette loi intitulé « des demandes en annulation », s'occupe des effets du jugement déclaratif sur les actes antérieurs. La nullité est subordonnée à certaines conditions, ce qui permet de ranger les actes annulables en trois catégories.

1° Actes nuls à raison de leur nature par cela seul qu'ils ont été faits dans une certaine période. Ce sont les dispositions à titre gratuit faites par le failli dans la dernière année qui a précédé l'ouverture de la faillite ; les dispositions gratuites faites par le failli en faveur de son conjoint dans le courant des deux dernières années qui ont précédé la faillite, et les garanties données par lui dans ce délai, relativement à la dot, aux biens de sa femme dont la loi lui attribue l'administration, à moins que ces garanties ne lui fussent imposées par la loi ou par un contrat conclu avant ce délai.

2° Actes nuls quand ils sont faits depuis la cessation des paiements ou la demande en déclaration de faillite, à moins que le tiers prouve son ignorance. Ce sont les actes impliquant en faveur d'un créancier une garantie ou un

paiement ; les contrats à titre onéreux passés par le failli dans le cours de l'année qui a précédé l'ouverture de la faillite, avec son conjoint soit avant, soit durant le mariage ; avec ses parents ou ceux de son conjoint en ligne directe, ou avec ses frères ou sœurs ou leurs conjoints.

L'effet de la faillite dans le passé ne peut pas remonter au-delà des six mois qui ont précédé l'ouverture de la faillite.

3° Les créanciers peuvent attaquer les obligations contractées par le failli après la cessation de ses paiements ou après la demande en déclaration de faillite quand elles leur portent préjudice et dans le cas où l'une ou l'autre partie connaissait à l'époque du contrat, la cessation des paiements ou la demande en ouverture de faillite (2311).

Enfin il est bon de remarquer qu'il n'y a pas de jugement fixant dans le passé la date de la cessation des paiements, comme dans notre loi de 1838.

Autriche. — Une loi du 25 décembre 1868 sur les faillites reproduit en grande parties les dispositions de la loi prussienne du 8 mai 1855.

Angleterre. — Dans la Grande-Bretagne, comme aussi aux États-Unis d'Amérique et dans les états Scandinaves, il n'y a pas de Code de commerce. Le droit commercial a conservé son caractère de droit coutumier. « On a toujours considéré, dit M. Lyon-Caen, que l'existence d'un code est un obstacle aux modifications fréquentes que doit subir la législation commerciale pour satisfaire les actions inces-

samment variables du commerce. » Smith va jusqu'à dire que la codification serait une calamité nationale.

C'est un bill en vigueur depuis le 1er janvier 1870 qui règle la matière des faillites et banqueroutes. Ces dispositions n'atteignent pas les sociétés constituées en vertu de l'acte de 1862 mais elles frappent même les non-commerçants.

Il faut que les créances de ceux qui demandent la faillite soient au moins égales à 50 livres sterling. Il y a aussi des conditions nombreuses qui protègent le commerçant. Une fois prononcée, la faillite remonte de plein droit, pour ses effets, au jour des actes qui ont motivé sa déclaration.

La loi déclare nulle, si le commerçant a été déclaré en faillite deux ans après, toute transmission de biens, à moins qu'elle n'ait été faite en considération d'un mariage ou à un acquéreur pour cause valable, ou encore pour ou par la femme ou les enfants du failli sur des biens acquis à ce dernier du chef de la femme et pendant le mariage.

La nullité frappe toute convention ou tout contrat fait par un commerçant en vue d'un mariage.

Les autres actes accomplis par un tiers ne sont pas annulés, si au moment où ils sont intervenus, le tiers n'avait pas reçu de notification d'un acte de faillite qui lui serait opposable en vertu de la déclaration.

Irlande. — La loi des faillites date du 6 août 1872 ; elle ressemble à la loi anglaise.

Ecosse. — Elle date du 29 juillet 1856. D'après elle, tous contrats ou aliénations, faits par les négociants insol-

vables ou en état de faillite sont nuls, et la nullité peut être proposée par voie d'action ou d'exception.

On a cherché à opérer ce qu'on a appelé l'unité et l'universalité de la faillite, une résolution a été prise dans ce sens par le congrès du commerce et de l'industrie tenu en 1878 au Trocadéro. Un congrès s'est tenu en 1880 à Bruxelles et s'est occupé de la même question. Nous n'avons qu'un mot à en dire : c'est que les principes posés au commencement de cet appendice sur les législations commerciales comparées nous permettent de penser que cette idée est parfaitement réalisable parce qu'elle s'appuie sur des intérêts complètement communs et semblables pour tous les pays.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — La disposition du sénatus-consulte Velléien est le résultat d'une mesure à la fois d'hostilité et de protection pour la femme.

II. — Le sénatus-consulte Velléien ne laisse pas même subsister une obligation naturelle.

III. — L'opinion émise par Pomponius dans la loi 32, § 2, Dig. n'est pas contraire à celle de la loi 5.

IV. — La femme peut renoncer à son hypothèque, mais elle ne peut pas céder son rang hypothécaire à un créancier.

V. — La prohibition d'hypothéquer le fonds dotal dérive du sénatus-consulte Velléien et non de la loi Julia.

VI. — L'action institutoire accordée au créancier n'est pas une *in integrum restitutio*.

VII. — La femme ne peut pas renoncer au bénéfice du sénatus-consulte Velléien.

VIII. — D'après la loi 23, § 2 au Code, il résulte que toute intercession faite par acte public est valable.

DROIT COMMERCIAL

I. — La constitution de dot est soumise à l'article 446.

II. — Une donation parfaite avant la période suspecte est valable, bien qu'elle ne soit transcrite que pendant cette période.

III. — La provision d'une lettre de change fournie par le tireur dans la période suspecte est un paiement de dette non échue.

IV. — Les créanciers du failli sont des tiers vis-à-vis de lui, quand dans l'hypothèse d'un transport-cession, le cessionnaire n'a été saisi qu'après le jugement déclaratif.

V. — L'article 446 ne s'applique pas à la novation.

VI. — Les récépissés et warrants ne sont pas des effets de commerce dans le sens de l'article 446.

VII. — La subrogation à son hypothèque légale, consentie par la femme en temps suspect pour une dette antérieure, ne peut être annulée par l'article 446.

VIII. — Le partage tombe sous l'application de l'article 447.

IX. — La faveur de l'article 449 ne s'applique qu'au paiement fait par le tiré en état de cessation de paiements au tiers porteur, avant tout protêt.

X. — En matière de billet à ordre l'émission du titre doit s'entendre du premier endossement par le bénéficiaire.

XI. — La masse seule peut se prévaloir des nullités édictées par les articles 446 et suivants.

XII. — L'article 8 de la loi du 13 mars 1855 soumet les hypothèques légales dont il parle à l'application de l'article 448, après l'expiration de l'année de grâce.

DROIT CIVIL

I. — Les créanciers postérieurs à l'acte frauduleux ne peuvent profiter de sa révocation.

II. — Les constitutions de dot sont des actes à titre gratuit vis-à-vis de la femme, et à titre onéreux vis-à-vis du mari.

III. — La séparation des patrimoines n'est pas un véritable privilège.

IV. — Si le vendeur ne peut pas exercer son privilège à l'encontre de la faillite de l'acheteur, il peut demander la résiliation de la vente.

PROCÉDURE CIVILE

I. — L'incompétence des tribunaux civils pour connaître d'une affaire commerciale est absolue.

II. — L'appel d'un jugement de première instance n'est pas recevable si ce jugement a été rendu sur une demande principale ne dépassant pas le taux du dernier ressort et sur une demande reconventionnelle supérieure à ce taux si la demande reconventionnelle n'est pas sérieuse et n'a été imaginée que dans le but de rendre susceptible d'appel le jugement intervenu.

DROIT CRIMINEL

I. — En cas de concours de délits, on ne doit prononcer qu'une peine.

II. — La défense a le droit de parler de la peine devant le jury.

III. — Les causes d'atténuation ou d'aggravation qui affectent la criminalité même du fait et sont un élément constitutif de l'infraction, doivent étendre leur influence sur le complice.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — L'arrêté de délimitation qui donne à un fleuve d'autres limites que ses limites naturelles doit être annulé pour excès de pouvoir.

II. — Les conseils de préfecture sont compétents pour les torts et dommages provenant du fait de l'administration.

III. — Le partage des biens communaux entre habitants n'est plus possible dans la législation acluelle.

Vu par le Président de la thèse,
E. BONNET.

Vu par le Doyen,
Léopold THÉZARD.

PERMIS D'IMPRIMER :
Poitiers, le 11 janvier 1883.
LE RECTEUR,
Ed. CHAIGNET.

Imp. A. DERENNE, Mayenne. — Paris, boulevard Saint-Michel, 52.

TABLE DES MATIÈRES

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

INTRODUCTION 5
CHAPITRE Ier. — Cas d'application du sénatus-consulte. . . . 7
CHAPITRE II. — Exceptions au sénatus-consulte. 29
De la renonciation au sénatus-consulte 37
CHAPITRE III. — Effets du sénatus-consulte 42
CHAPITRE IV. — Innovations de Justinien 60
CHAPITRE V. — Destinées du sénatus-consulte 69

DES EFFETS DE LA CESSATION DE PAIEMENTS EN MATIÈRE DE FAILLITE

HISTORIQUE ET GÉNÉRALITÉS DE LA FAILLITE 73
CHAPITRE Ier. — Des actes nuls de droit. 80
Actes à titre gratuit 81
Paiement de dettes non échues. 85
Paiement de dettes échues, autrement qu'en espèces ou effets de commerce 88
Constitutions d'hypothèques, etc 98
CHAPITRE II. — Nullités facultatives 110
Le partage 116
Du paiement par voie de saisie. 119
Du transport 121
Du concordat amiable. 122
Exception à l'article 447 : article 449 124
CHAPITRE III. — Nullité des inscriptions 135
APPENDICE. — Législations étrangères. 152

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES

Imprimerie A. DERENNE, Mayenne. — Paris, boulevard Saint-Michel, 52.

Imprimerie A. DERENNE, Mayenne. -- Paris, boulevard Saint-Michel, 52.